Die Verpachtung des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in ihrer rechtlichen Wirkung auf den Fortbestand.

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Werner Kick

Assessor aus Villip.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Angenommen auf Bericht
der Professoren Geheimrat Dr. Rauch und Dr. Eckhardt

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554806_0090

Inhaltsübersicht.

Seite:

Einleitung 1

Hauptteil 5

1. Kapitel: Die einzelnen Vertragstypen.

§ 1. Wirtschaftliche Veranlassung und Formen 5
§ 2. Organisatorische Verschiedenheiten 10
§ 3. Umfang und Zeitdauer der Verpachtung 15

2. Kapitel: Die Bedeutung des Unternehmensbetriebes im Dasein der offenen Handelsgesellschaft.

§ 4. Entstehung der offenen Handelsgesellschaft 18
§ 5. Die offene Handelsgesellschaft nach der Entstehung . . 26
§ 6. Liquidation der offenen Handelsgesellschaft 29

3. Kapitel: Ansichten des Schrifttums über die Wirkung einer Verpachtung.

§ 7. Die Verpachtung hat Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge 36
§ 8. Die offene Handelsgesellschaft wird durch die Verpachtung zur Gesellschaft des BGB. 43
§ 9. Die offene Handelsgesellschaft bleibt trotz Verpachtung bestehen 48

4. Kapitel: Ergebnis.

§ 10. Wirkung der verschiedenen Verträge 54

Schluß 58

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Arnscheidt, Hans: Die Firma der Handelsgesellschaften (nach dem HGB. und den gesellschaftlichen Sondergesetzen). Göttinger Diss. 1929.

Aschenberg, Kurt: Pacht an Rechten und Rechtsgütern. Bonner Diss. 1927.

Bahr, Hans: Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft. Leipziger Diss. 1933.

Bauer, Josef: Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen aus steuerrechtlichen Gründen. Erlanger Diss. 1931.

Beuck, W.: Zweckmäßige Gesellschaftsformen nach neuestem Steuerrecht, in: Ztschr. für Gesellschaftswesen (Gesellschafts-Archiv), Monatsschrift für das gesamte Gesellschafts- und Kartellwesen, 1924 S. 5.

Böttcher, Conrad: Sicherung von Familie, Vermögen und Betrieb bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten und im Todesfall. Stuttgart und Wien 1931.

von Buttlar, Hans Werner Treusch: Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes, dargestellt auf Grund einer Untersuchung über den Begriff des Handelsgeschäfts. Leipziger Diss. 1908.

Cohn, Richard: Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz (Beiträge zum Handelsrecht, herausgegeb. von Kisch, Heft 3). Leipzig 1930.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 8. Aufl. Stuttgart 1920.

Dahn, Felix: Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Dammann, Fritz: Handelsgesellschaften als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft. Greifswalder Diss. 1919.

Daniels, Heinz: Firmenveräußerung und Unternehmensrecht. Eine Untersuchung zum Inhaltswandel des § 23 HGB. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929.

Depène, Johann: Kann ein Unternehmen Objekt eines Rechts sein? Greifswalder Diss. 1920.

Domke, Martin: Die Veräußerung von Handelsgeschäften. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre vom kaufmännischen Unternehmen. Marburg 1922.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. I. Bd. 1930. II. Bd. 1932. Mannheim, Berlin, Leipzig.

Eckhardt, Karl August: Betrieb und Unternehmen. Ein Beitrag zur juristischen Terminologie. In: ZHR. 94 S. 1.

Eckhardt, Karl August: Studien zu handelsrechtlichen Neuerscheinungen. In: ZBH. 1929 S. 171.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. II. Bd. 1. Abt. Leipzig 1914.

Flechtheim: Das Wesen der Handelsgesellschaft nach der Veräußerung ihres Geschäftes nebst Firma. In: LZ. 1915 S. 943.

Frangenheim, Paul Rud.: Die Fortführung der Firma bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäfts unter Lebenden. Leipziger Diss. 1910.

Frels, Gerhard: Zur Entstehung der offenen Handelsgesellschaft. Göttinger Diss. 1930.

Freytag, Ernst: Handelsgesellschaften als Mitglieder von Handelsgesellschaften. Breslauer Diss. 1923. (Maschinenschrift).

Friedländer, Heinrich: Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

Frühsorge, Erich: Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Halle-Wittenberg 1925 (Maschinenschrift).

Fürst, Paul: Die Fortführung der Firma bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäfts. Straßburger Diss. 1897.

Geiler, Karl: Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts. 2. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.

Geller, Leo: Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen. München und Leipzig 1913.

Genneper, Rud.: Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach deutschem und österreichischem Recht. Erlanger Diss. 1928 (1930).

Gerlach, Rudolf: Firma und Verpachtung. 2. Aufl. Dresden-Blasewitz 1932.

Gierke von, Otto: Grundzüge des Handelsrechts, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 7. Aufl. 3. Bd. 1913.

Grave, Friedrich: Das kaufmännische Geschäft (Handelsgeschäft). Kieler Diss. 1905.

Grelck, Werner: Die mangelhafte bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der Frage des Gläubigerschutzes. Hamburger Diss. 1933 (1934).

Groschuff: Grenzen des Firmenrechts, in: JW. 1935 S. 3257 ff.

Groschuff: Wiederbelebung von Firmen. Zugleich ein Beitrag zur Wandlung der Rechtsanschauung im geltenden Recht, in: JW. 1935 S. 1738 ff.

Günther, Gerhard: Grundfragen bei der Umwandlung von Handelsgesellschaften. Breslauer Diss. 1933.

Haack, Georg: Zur Lehre von der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft. Leipziger Diss. 1905.

Haas, Karl: Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft. Greifswalder Diss. 1913.

Haberland, Kurt: Rechts- und Wirtschaftsprobleme der offenen Handelsgesellschaft. Göttinger Diss. 1925. (?)

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.

Hamel, Walter: Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft. (Bonner Rechtswissenschaftl. Abhandlungen, Heft 3). Bonn 1928.

Henkel, Theodor Alfred: Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes. Leipziger Diss. 1908.

Hergenhahn-Tuchatsch: Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Heubach, Hans: Die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in andere handelsrechtliche Unternehmungsformen. Jenaer Diss. 1930.

Hoenicka, Hans Peter: Das Handelsgeschäft als Objekt eines Pachtvertrages. Jenaer Diss. 1913.

Hoeniger, Heinrich: Die Pacht des Handelsgeschäfts (Betriebs- oder Unternehmungspacht), in: Festschrift für Otto Lenel. Leipzig 1921.

Höhn, Rudolf: Wiederaufleben der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft. Jenaer Diss. 1934.

Horrwitz, Hugo: Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien. Berlin 1913.

Hueck, A.: Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften. Beiträge zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Klausing-Nipperdey-Nußbaum. II. Bd. Marburg 1931 S. 700 ff.

Isay, Rudolf: Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.

Jacobi, Erwin: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift der Leirziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926 S. 1 ff. Leipzig 1927.

Jacusiel, Max: Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) am Handelsgeschäft. Berliner Diss. 1906.

Kappauf, Max: Der Begriff der Pacht. Marburger Diss. 1931.

Kaufmann, Paul: Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften. (Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Nußbaum, Heft 15). Berlin 1930.

Katz, Albert: Unzulässige Eintragungen in das Handelsregister, insbesondere in Bezug auf die Kommanditgesellschaft. Göttinger Diss. 1910.

von Keiser, Joachim: Rechtsverhältnisse bei der Vereinigung offener Handelsgesellschaften. Jenaer Diss. 1934.

Keyssner, Hugo: Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Berlin 1870.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 4. Aufl. 1936. I. Bd. §§ 1—177. Teichmann-Koehler. (Berlin).

von Kramer, Richard: Über das Unternehmen im Rechtsverkehr. Leipziger Diss. 1910.

Lastig, Gustav: Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, in: Festgabe der Juristenfakultät Halle zu Dernburgs 50jährigem Doktorjubiläum. Halle a. d. S. 1900.

Lehmann, Fritz: Rechtsformen und Wirtschaftstypen der privaten Unternehmung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Lehmann, Karl: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem 70. Geburtstage. Zürich 1915 S. 393 ff.

Levysohn, Hans: Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts. Breslauer Diss. 1928.

Liebmann-Saenger: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 7. Aufl. Berlin 1927.

Lotz, Hugo: Die offene Handelsgesellschaft als Grundform der Handelsgesellschaften. Gießener Diss. 1921 (Maschinenschrift).

Mache, Arthur: Auflösung und Erlöschen von Handelsgesellschaften. Greifswalder Diss. 1916.

Mackensy, Werner: Die rechtliche Stellung des Pächters eines Handelsgeschäftes. Jenaer Diss. 1914.

Makower, H.: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906/7.

Manasse, Berthold: Die Praxis der Geschäftsgründung. Errichtung, Liquidation und Wesen der einzelnen Unternehmungsformen. Berlin, Wien 1927.

Meyer, Barbara Elisabeth: Das subjektive Recht am Unternehmen. Erlanger Diss. 1933.

Meyer, Hildegard: Beiträge zu der Lehre von der nichtigen offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Société de fait des französischen Rechtes. Breslauer Diss. 1933 (1934).

Mildenberger, Karl: Die unternehmenslose Handelsgesellschaft, die Löschung ihrer Firma und die Verwertung des sog. Mantels. Göttinger Diss. 1934 (1935).

Moebius, Heinz: Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts. Rostocker Diss. 1905.

Möhler, Eugen: Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags bei der offenen Handelsgesellschaft. Tübinger Diss. 1907.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch. 17. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl. Tübingen 1928.

Mummy, Wolf: Die Pacht von Unternehmungen als Form der Konzernbildung. Göttinger Diss. 1931.

Muß, Max: Die Struktur der modernen Wirtschaft. 1935.

Neumann, Franz Friedrich: Die Einheit des Rechtsinstituts der Auflösung bei der offenen Handelsgesellschaft. Breslauer Diss. 1932.

Noack, Erwin: Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts. Diss. Halle-Wittenberg 1924.

Nöldecke, Arnold: Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation. Straßburger Diss. 1887.

Nußbaum, Arthur: Das Nießbrauchsrecht des BGB. unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung. Berlin 1919.

Nuthmann, Gustav: Der Kauf eines Unternehmens. Königsberger Diss. 1922 (Maschinenschrift).

von Ohmeyer, Kamillo: Das Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1906.

Oelfke, Eberhard: Die Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Göttinger Diss. 1903.

Paquin, Josef: Das Problem der Auflösung und Forterhaltung der offenen Handelsgesellschaft. Kölner Diss. 1935.

Passow, Richard: Betrieb, Unternehmung, Konzern. Jena 1925.

Piclum, Otto Leopold: Neuere Unternehmungsformen in ihrer rechtlichen Stellung unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Bestimmungen. Heidelberger Diss. 1926.

Pisko, Oskar: Das kaufmännische Unternehmen, in: Ehrenberg's Handbuch Bd. II 1. Abt. 1914, S. 195 ff.

Pisko, Oskar: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.

Prater, Hans: Die Übertragung der Handelsfirma, ihre Voraussetzungen und Wirkungen. Erlanger Diss. 1929.

Reiche, Hellmuth: Das Recht am Unternehmen. Greifswalder Diss. 1920.

Reusels, Peter: Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Rostocker Diss. 1903.

Ritter, Hanns: Die Rückwandlung einer aufgelösten, aber noch im Stadium der Abwicklungsgemeinschaft befindlichen offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in eine Produktivgesellschaft. Erlanger Diss. 1926 (1927) (Maschinenschrift).

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. München u. Berlin 1932.

Rive, Carl: Die Fortführung der Firma. Heidelberger Diss. 1910.

Rosendorff, Richard: Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin 1927.

Rosendorff, Richard: Steuerersparung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung. (Ein Beitrag zum Rechte der Reichsabgabenordnung.) Berlin 1920.

Rösel, Dietrich: Das Verhältnis zwischen dem Übernehmer eines Handelsgeschäfts und dem bisherigen Inhaber in den Fällen des § 22 Abs. 2 des HGB. Leipziger Diss. 1911.

Sachs: Der Rumänische Prozeß, in: ZHR. 29 S. 35.

Salinger, Wilhelm: Die Gesellschaften des Handelsrechts im Gründungs- und Liquidationsstadium. Jenaer Diss. 1914.

Seelenfreund, Hans: Die Erhaltung der offenen Handelsgesellschaft, im besonderen bei Erbgang. Breslauer Diss. 1925.

Seim, Hermann: Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft unter Berücksichtigung des § 142 HGB. Erlanger Diss. 1926 (1927).

Seitz, Helmuth: Umwandlungen von Gesellschaften und Umbildungen von Gesellschaftsformen, eine Folge der Steuergesetzgebung während und nach dem Kriege. Kölner Diss. 1924 (Maschinenschrift).

Sengenwald, Conrad: Begriff der offenen Handelsgesellschaft. Erlanger Diss. 1905.

Sethe, Eduard: Die gemeinschaftliche Aktie im Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft. Leipziger Diss. 1910.

Sokolowski, Siegfried: Die Veräußerung des Handelsgeschäfts einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft mit Aktiven und Passiven. Rostocker Diss. 1910.

Schlegelberger-Quassowski: Aktiengesetz v. 30. Januar 1937. Berlin 1937.

Schlupp, Friedrich: Rechtsvergleichende Studien zum Firmenrecht. Jenaer Diss. 1914.

Schmidt, Friedrich Carl Erich: Über die Verpachtung von Unternehmungen. Breslauer Diss. (Auszug) 1929.

Schneider, Eugen: Die offene Handelsgesellschaft und ihre Beteiligung an anderen Gesellschaften. Diss. Frankfurt (a. M.) 1922 (1923). (Maschinenschrift).

Schoch, Otto: Die Scheinhandelsgesellschaft. Göttinger Diss. 1910.

Schönewald, Carl: Über die Verpachtung von Handelsgeschäften. Göttinger Diss. 1904.

Schulte, Emil: Die Scheinhandelsgesellschaft. (Schein-oHG. und Schein-KG.). Göttinger Diss. 1935.

Starke, Helmut: Einwirkungen Dritter auf das gesellschaftliche Leben einer Handelsgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung des Betriebsüberlassungsvertrages. Diss. Halle-Wittenberg 1933.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I—IV. 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925/29.

Strate, Karl: Der Erwerb eines Handelsunternehmens unter Lebenden (§ 22 HGB.). Greifswalder Diss. 1915.

Stulz, Landolin: Juristische Personen in der Verwaltung von Handelsgesellschaften. Diss. Freiburg i. Br. 1931 (1932).

Theisen, W.: Die preußische Gewerbesteuer in der Rechtsprechung (Sammlung steuerrechtlicher Fragen). Bergisch-Gladbach 1933.

Thomas, Siegfried Hans: Entstehung der offenen Handelsgesellschaft. Leipziger Diss. 1934.

Trappe, Hans: Entstehung und Beendigung der Kaufmannseigenschaft bei den Handelsgesellschaften. Greifswalder Diss. 1917.

Vehmeyer, Theodor: Die Verpachtung eines Handelsgeschäfts. Göttinger Diss. 1931.

Weber, Oskar: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Würzburger Diss. 1924 (1925). (Maschinenschrift).

Webersberger, Johannes: Die offene Handelsgesellschaft im Vergleich zur bürgerlichen Gesellschaft. Greifswalder Diss. 1907.

Wegener, Ulrich: Die Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft (Voraussetzung und Rechtsfolge). Rostocker Diss. 1929.

Weigelt, Werner: Kann eine eingetragene Firma unzulässig werden? In: ZBH. 1933 S. 287.

Wieland, Karl: Handelsrecht. I. Bd. Leipzig 1921.

Wilk, Gerhard: Die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages einer offenen Handelsgesellschaft und der Gläubigerschutz. Göttinger Diss. 1928.

Wimpfheimer, Heinrich: Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908.

Wißmann, Friedrich: Die Veräußerung von Handelsgeschäften durch den Konkursverwalter unter besonderer Berücksichtigung des Firmenrechts. Göttinger Diss. 1930.

Wolff, Martin: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke. II. Bd. Breslau 1910.

Wolfslast, Walter: Der Verkauf eines Unternehmens. Göttinger Diss. 1921 (Maschinenschrift).

Zielinski, Gustav: Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht. Marburg 1925.

Sammlungen und Zeitschriften:

Arch.f.bürg.R.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
DGWR.	=	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht — Rechtspflege und Rechtspolitik.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
DNotZ.	=	Deutsche Notar-Zeitschrift.
Enzykl.	=	Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von v. Holtzendorff u. Kohler. 7. Aufl. Berlin 1913.
Gruchot	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Holdheim	=	Monatsschrift für Handelsrecht, Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen.
Jher.Jahrb.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
HRR.	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JFG.	=	Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
KG.	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG.	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RGStr.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA.	=	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt.
ROHG.	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rundschau für G.m.b.H.		
Seuff.Arch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
StuW.	=	Steuer und Wirtschaft.
ZBH.	=	Zentralblatt für Handelsrecht.
ZBlFG.	=	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZHR.	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Einleitung.

Die Verpachtung von Handelsgesellschaften war bereits vor Inkrafttreten des heute geltenden Handelsgesetzbuchs üblich. Eine gesetzliche Regelung fehlte jedoch. Die Folge war, daß Rechtshandlungen, die sich auf derartige Verpachtungen bezogen, vielfach in der Rechtspraxis — im Gegensatz zur allgemeinen Handelspraxis — nicht anerkannt wurden. Die Unzuträglichkeiten, die sich zwangsläufig aus diesem Zwiespalt ergaben, wurden dadurch beseitigt, daß dem bisherigen Art. 22 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 bei der Aufnahme ins neue Handelsgesetzbuch ein 2. Absatz eingefügt wurde: „Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften[1]) entsprechende Anwendung" (nunmehr § 22 HGB.).

Nurch Aufnahme dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit und Gültigkeit einer Verpachtung des Handelsgeschäfts anerkannt. Ferner spricht § 1822 Nr. 4 BGB. von dem „Pachtvertrag über ... einen gewerblichen Betrieb" und § 151 Abs. 2 VVG. beginnt: „Wird ... das Unternehmen ... auf Grund ... eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses von einem Dritten übernommen ...". Auch Lehre und Rechtsprechung bejahen allgemein die Zulässigkeit einer Verpachtung[2]). Dabei ist als „Unternehmen" das „Handelsgeschäft" i. S. des

---

1) d. h. des 1. Absatzes § 22 HGB.

2) s. u. a.: Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 41/32; Staub § 22 Anm. 15; Aschenberg S. 57; Friedländer S. 196; Kappauf S. 21, 60; Möbius S. 9—12 mit ausführl. Begründung; Noack S. 30; Pisko in Ehrenb. Hdb. I S. 233; Schönewald S. 16, 18; Weber S. 86; RGZ. 70, 22; 81, 27; ROHG. 21, 351; Seuff. Arch. 16 Nr. 213; 56 Nr. 174.

Gegen die Verpachtungsmöglichkeit: Geller in seinem Aufsatz: „Das Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz", veröffentl. i. österreich. Zentr. Bl. VIII S. 668; Rösel S. 14, 34; Sohm in Seuff. Arch. 28, 181.

Handelsgesetzbuchs zu verstehen. Eine genaue Bestimmung des Begriffs „Unternehmen" zu geben, erübrigt sich daher im Rahmen dieser Arbeit[3]).

Während vor dem Weltkriege die Zahl der Verpachtungen von oHG.-Unternehmungen sich aus den Verpachtungen anderer Unternehmungen nicht heraushob, änderte sich nach dem Kriege dieses Bild. Es wurde allgemein üblich, die Unternehmen von offenen Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften zu verpachten und zwar vornehmlich an Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Vielfach wurde die Kapitalgesellschaft erst zu diesem Zwecke von der Personalgesellschaft oder deren Gesellschaftern bzw. Kommanditisten gegründet. Dann befanden sich auch die Anteile bzw. Aktien meist ganz oder doch überwiegend in den Händen der Gründer[4]).

Die Gründe für die Verpachtung eines Unternehmens überhaupt können verschiedenster Art sein. Namentlich kommen in Betracht: Erbauseinandersetzungsstreitigkeiten, Unmündigkeit der Erben, Vorbereitung einer Fusion, Ersatz einer Fusion, allgemein betriebswirtschaftliche Gründe, Unrentabilität beim Verpächter, Kartellbindung, Haftungsbeschränkung, Steuerersparnis. Nach dem Kriege traten diese steuerlichen Gründe stark hervor[5]).

Die Grundform der Verpachtungen war folgende:

Das Unternehmen wurde als Ganzes verpachtet. Die Verpächterin blieb Eigentümerin des Anlagevermögens (Grundstücke,

---

3) Die Frage, was ein Unternehmen ist — sei es in volkswirtschaftlichem, sei es in juristischem Sinne —, hat ein umfangreiches Schrifttum hervorgerufen. Übersichten s. u. a. bei Depène S. 16, 17; Hoenicka S. 3—14; Mackensy S. 14—20; Prater S. 7—9; Rösel S. 3—5; Wolff in Festschr. S. 120/121 u. Anm. 14—17.

4) Die größte Verbreitung fand diese Form in Sachsen durch Dr. Walther in Dresden und in Westdeutschland durch den im Jahre 1926 verstorbenen Kölner Rechtsanwalt Dr. Brockhues (nicht Brockhuis, wie es meist im Schrifttum heißt). Die Anwendung des Systems war so häufig, daß diese Gesellschattsformen in Westdeutschland schlechthin als „Brockhues-Gesellschaften" bezeichnet werden, s. auch Mühlhoff i. Rdsch. f GmbH. 1932 S. 363.

5) Vgl. Mühlhoff a. a. O. S. 363 u. Seitz a. a. O. S. 124/25.

Gebäude, Maschinen). Das Betriebsvermögen wurde meist der Pächterin zu Eigentum übertragen; diese verpflichtete sich zur Rückgabe bei Beendigung der Pachtzeit in gleicher Art und Güte. Hier ergaben sich die Vorteile aus der einheitlichen Besteuerung der Kapitalgesellschaften. Sie betrug 20% des Reingewinns, ohne Rücksicht auf dessen Höhe, während die Einkommensteuer für natürliche Personen sich nach der Höhe staffelte. Die Gesellschafter der Personalgesellschaft waren meist bei der Kapitalgesellschaft führend tätig. Ihre Gehälter verminderten als Unkosten den Reingewinn der Kapitalgesellschaft und waren damit der Körperschaftsteuer entzogen. Sie wurden lediglich bei den Empängern als Einkommen versteuert. Nur der als Dividende verteilte Gewinn unterlag sowohl der Körperschaftsteuer als auch der Einkommensteuer. Der restliche Gewinn wurde bei der Kapitalgesellschaft thesauriert, war also nur der Körperschaftsteuer in Höhe von 20% unterworfen.

Betrieb dagegen die offene Handelsgesellschaft das Unternehmen selbst, so hatten die Gesellschafter den Gewinn als Einkommen zu versteuern, ohne Rücksicht darauf, ob sie den ganzen Gewinn tatsächlich aus der oHG. herauszogen oder einen Teil stehen ließen. Die Verpachtung des Unternehmens an eine (eigene) Kapitalgesellschaft brachte daher insbesondere bei höheren Gewinnen eine geringere Gesamtbelastung als beim Betrieb des Unternehmens durch die oHG. selbst[6]).

Während die übrigen Gründe für die Verpachtung unverändert ihre Bedeutung behalten haben, sind durch Erhöhung der Körperschaftsteuer von 20% auf 30%[7]) die Gründe der Steuerersparnis bei den Verpachtungen zurückgetreten. Gänzlich verloren haben sie ihre Bedeutung nicht. Insbesondere kann ein Teil des Gewinnes zur Stärkung der Kapitalkraft der Kapital-

---

6) Diese Form stieß anfänglich auf großes Mißtrauen bei den Steuerbehörden, die darin eine Umgehung des Einkommensteuergesetzes sahen (§ 5 bzw. § 10 der RAO. = § 6 StAnp Ges. vom 16. 10. 1934). Sie wurde dann jedoch allgemein anerkannt mit dem Hinweis, daß die Möglichkeit, Steuern zu sparen, vom Gesetz selbst durch die entsprechende Ausgestaltung der Einkommen- u. Körperschaftsteuer geschaffen wurde. s. RFH. 16, 15; 18, 248; Enno Becker in StuW 1924 I Sp. August 1936" (RGBl. 1936 I S. 701).

7) s. „Gesetze z. Änderung des Körperschaftssteuergesetzes v. 27. August 1936" (RGBl. 1936 I S. 701).

gesellschaft in der Gesellschaft verbleiben, ohne durch Auszahlung von der höheren Einkommensteuer erfaßt zu werden.

Da die Verpachtung eines Handelsgeschäfts allgemein zulässig ist, muß dies auch für die Verpachtung des Unternehmens einer Personalgesellschaft gelten. Eine Untersuchung hierüber scheidet also bei dieser Arbeit aus. Ebensowenig kommt eine Feststellung der gegenseitigen Rechte und Pflichten von Verpächter und Pächter in Betracht. Untersucht werden soll vielmehr lediglich die Einwirkung einer Verpachtung auf das Bestehen der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft.

1. Kapitel: Die einzelnen Vertragstypen.

Um ein Gesamtbild über das Problem zu erhalten, ist es erforderlich, die Typen der Pachtverträge zu entwickeln, wie sie in der Handelspraxis üblich sind oder vorkommen können[8]). Zu ihrem Verständnis ist auch auf die wirtschaftlichen Gründe einzugehen, die zu ihrer Wahl führen können.

§ 1.

Wirtschaftliche Veranlassung und Formen.

1. Eine offene Handelsgesellschaft verpachtet das Unternehmen an einen Dritten oder an eine fremde Personalgesellschaft.

Als Veranlassung zu einer solchen Verpachtung kommt in Frage: Die oHG. ist in Geldschwierigkeiten geraten, der Absatz der Waren ist zurückgegangen. Es besteht die Gefahr, daß das Geschäft nicht zu halten ist. Ein Dritter oder eine fremde Personalgesellschaft ist jedoch bereit, das Unternehmen zu pachten. Der Dritte bzw. die Personalgesellschaft besitzt größere Erfahrungen auf diesem Geschäftsgebiet.

Oder: Unmündige Erben bilden die oHG. Die Einsetzung eines Prokuristen erscheint nicht angebracht, weil keine geeignete Persönlichkeit gefunden wird. Durch die Verpachtung erlangen die Erben die Sicherheit eines festen Einkommens ohne eigenes Risiko. Nach Vollendung ihrer Ausbildung können sie das Geschäft wieder selbst übernehmen.

2. Eine offene Handelsgesellschaft verpachtet an einen Mitgesellschafter.

Ein Gesellschafter ist erkrankt. Die Krankheit läßt sich in ihrem Verlauf noch nicht feststellen. Es ist möglich, daß sie

8) Das Material zu vorliegender Arbeit wurde mir nur unter der Bedingung der Geheimhaltung über alle Punkte, die einen Schluß auf bestimmte Personen oder Gesellschaften zulassen, zur Verfügung gestellt. Genauere Angaben zu machen, bin ich daher nicht in der Lage. Die Beispiele sind infolgedessen schematisiert.

Jahre dauern wird. Der erkrankte Gesellschafter möchte das Geschäft jedoch nicht aufgeben, vielleicht wegen seiner Erben. Seinen Mitgesellschaftern will er die Geschäftsführung nicht allein überlassen, da er ja nicht in der Lage ist, deren Tun zu überwachen. Infolgedessen verpachtet die oHG. das Unternehmen an den oder die gesunden Mitgesellschafter. Dadurch erhält der kranke Gesellschafter ein festes Pachtgeldeinkommen. Um die Geschäftsführung braucht er sich keine Sorgen zu machen. Denn der Pächter ist Alleininhaber während der Pachtzeit. Als solcher hat er ein noch größeres Interesse an einer guten Geschäftsführung als vorher, da die Höhe seines eigenen Einkommens davon abhängt, während die Verpflichtung zur Pachtentschädigung unabhängig vom Gewinn erfüllt werden muß[9]).

9) Bedenken an der zivilrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Verpachtung bestehen nicht. Es könnte zunächst befremden, daß der Pächter gleichzeitig Mitverpächter ist. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die oHG. — wenn sie schon keine juristische Person ist — doch eine gewisse Selbständigkeit besitzt. Nach § 124 HGB. kann sie „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden". Die Verselbständigung ist also sehr weitgehend. Wohl in erster Linie ist an die Verhältnisse zu Dritten gedacht. Aber es ist durchaus möglich, daß ein Gesellschafter sich der oHG. gegenüber verpflichtet, ständig und regelmäßig irgendwelche Lieferungen aus einem ihm allein gehörigen Unternehmen zu machen. Oder er überträgt ihr ein Grundstück zu Eigentum. Oder er übernimmt irgendwelche Gegenstände von der oHG. Dies ist möglich infolge der rechtlichen Verselbständigung der oHG. Die Gesellschafter stehen bei Rechtsgeschäften der oHG. wie dritte Personen gegenüber (ebenso Koenige § 124 Anm. II; RG. in JW. 1917, 289 Nr. 10). Ein Kontrahieren mit sich selbst liegt nur dann vor, wenn der Gesellschafter gleichzeitig als Vertreter der oHG. abschließt; eine Zugehörigkeit zur oHG. allein hat dies nicht zur Folge. Ob dem Gesellschafter das Selbstkontrahieren gestattet ist (§ 181 BGB.), ergibt sich im allgemeinen aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus den sonstigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachungen.

In all diesen Fällen handelt es sich zwar um Maßnahmen, die lediglich Teilgebiete umfassen. Daraus aber zu schließen, ein das ganze Unternehmen erfassender Vertrag sei nicht mög-

Es ist nicht selten, daß eine oHG. gegründet wird, in die von einem Gesellschafter nichts anderes als sein bekannter Name eingebracht wird[10]). Versteht dieser Gesellschafter von geschäftlichen Dingen nichts oder hat er kein Interesse daran, so kann er die Geschäftsführung dem anderen Gesellschafter allein überlassen. Zweckmäßigerweise wählt er jedoch die Verpachtung des ganzen Unternehmens an den anderen Gesellschafter. Er braucht dann nicht eine Übervorteilung zu befürchten. Denn auf die Gestaltung des Pachtvertrages kann er als Vertragschließender noch genügend Einfluß üben, wogegen sich das Geschäftsgebaren seines Mitgesellschafters infolge seiner eigenen geschäftlichen Unkenntnis nicht kontrollieren läßt.

---

lich, würde abwegig sein. Denn dabei handelt es sich nicht um einen Unterschied im Wesen, sondern lediglich im Umfang. Ein Pachtvertrag zwischen der oHG. u. einem Mitgesellschafter ist also gültig. Ebenso Düringer-Hachenburg Vorbem. V vor § 131 HGB.

10) Eine derartige „Einlage" ist zulässig (s. auch Koenige § 109 Anm. 3; RGZ, 37, 61; 80, 271; JW. 1910, 656). Eine Scheingesellschaft oder Scheinfirma wird nicht geschaffen. Denn der Gesellschafter, der seinen Namen zur Bildung der Firma einbringt, hat alle Rechte und Pflichten, die sich aus dem Zusammenschluß zu einer oHG. ergeben. Insbesondere trifft ihn die unbeschränkte Haftung. Daß im Innenverhältnis die Rechte dieses Gesellschafters weitgehend eingeschränkt werden können und oft tatsächlich eingeschränkt werden, ist keine Besonderheit. Denn die Gesellschafter sind in der Regelung ihrer Beziehungen frei, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges vorschreibt; „die Vorschriften der §§ 110—122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist", § 109 HGB. Das Reichsgericht hat mehrfach (s. RGZ. 3, 121; 9, 1; 25, 1; 38, 76. Recht 1921 Nr. 232. ROHG. 6, 247) Gründungen zur Verwertung von Namen als Scheingründungen erklärt. In den entschiedenen Fällen handelt es sich aber um Einzelkaufleute, die ihren Namen eintragen ließen und dann das angeblich entstandene Unternehmen mit geringen Warenbeständen weiter veräußerten. Diese mit Recht erhobenen Bedenken tauchen bei der Gründung einer oHG., bei der die Absicht der Verpachtung bereits besteht, nicht auf. Denn es handelt sich dann nicht um eine Gründung zwecks Veräußerung.

3. Eine offene Handelsgesellschaft verpachtet an eine fremde Kapitalgesellschaft.

Für eine solche kommen dieselben Gründe in Betracht, wie bei der Verpachtung an einen Dritten oder eine fremde Personalgesellschaft. Vor allem aber wird die Verpachtung nicht selten einen Ersatz bieten für die Fusion[11]). Diese wird nicht gewählt, weil die dadurch bedingten Unkosten zu hoch sind. Das gilt namentlich hinsichtlich der Steuern. Wirtschaftlich kann das, was die Fusion bezwecken würde, auch durch die Verpachtung erreicht werden.

Die Verpachtung kann aber auch der Vorbereitung einer Fusion dienen, und zwar dann, wenn die Zweckmäßigkeit einer Verschmelzung noch nicht feststeht. Hier ist die Verpachtung besonders angezeigt. Denn wenn sich im Laufe der Pachtzeit ergibt, daß eine Fusion verfehlt wäre, so lassen beide Unternehmen sich voneinander lösen, ohne daß eines von ihnen Schaden erleidet.

Verhältnismäßig häufig ist die sog. „Auffanggesellschaft". Ist ein Unternehmen — in unserem Falle eine oHG. — in Zahlungsschwierigkeiten oder gar in Konkurs geraten, so schließen die Hauptgläubiger sich zusammen zu einer Kapitalgesellschaft (AG. oder GmbH.), während die Kleingläubiger in voller Höhe ihrer Forderungen befriedigt werden. Die Kapitalgesellschaft pachtet von der oHG. bzw. dem Konkursverwalter das notleidende Unternehmen. Der Pachterlös wird auf die Forderungen der Gläubiger verrechnet. Auf diese Weise sind die Schulden der oHG. abdeckbar, ohne daß das Unternehmen zerstört wird. Meist können so die vollen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger getilgt werden[12]).

Besteht auf Seiten der oHG. ein Ausschließlichkeitsvertrag — die oHG. hat mit einem anderen Unternehmen einen Vertrag geschlossen, ein bestimmtes Erzeugnis nur für diese oHG. her-

---

11) s. auch Hoeniger in Festschr. S. 2.

12) In einem mir bekannten Einzelfalle hatten die Gläubiger sich zu einer Gesellschaft des BGB. zusammengeschlossen. Abgesehen von der vollen Befriedigung der Konkursgläubiger erzielte die BGB.-Gesellschaft auch hohe Gewinne. Das System hatte sich also bewährt. Infolge von Schwierigkeiten seitens des Registergerichts und des Grundbuchamtes wurde jedoch in späteren ähnlichen Fällen eine Gesellschaft des BGB. nicht mehr gewählt, sondern eine Kapitalgesellschaft.

zustellen und zu liefern —, so kann auch ein Großgläubiger (Kapitalgesellschaft) ein Interesse am Fortbestand der oHG. haben. Statt durch Konkurs das Ende der oHG. herbeizuführen, pachtet er das Unternehmen. So vermeidet er außer dem Untergang der oHG. den des ausschließlichen Bezugrechtes. Dieselben Gründe können maßgebend sein für die Pachtung durch eine Kapitalgesellschaft, die ein Konkurrenzunternehmen der Verpächterin ist.

4. Eine offene Handelsgesellschaft verpachtet an eine eigene Kapitalgesellschaft[13]).

Die Gründe dafür können sehr verschieden sein. Krankheit oder Gebrechlichkeit eines Gesellschafters können eine Rolle spielen[14]), ebenso Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern.

Häufig erfolgt die Verpachtung nur zu dem Zweck, die Haftungsbeschränkung zu erreichen. Eine Beschränkung der Haftung durch die oHG. selbst ist infolge ihrer Rechtsform nicht möglich. Will die oHG. den Gefahren aus dem Wege gehen, so muß sie ihr Unternehmen durch eine Kapitalgesellschaft betreiben lassen, die nicht Eigentümerin des Anlagevermögens wird. Dies geschieht durch die Verpachtung an die Kapitalgesellschaft, die dann allein das Risiko trägt. Eine derartige Verpachtung kommt u. a. in Betracht, wenn es sich um Versuche handelt, bei denen der wirtschaftliche Erfolg ganz ungewiß ist. Mißglücken die Versuche, so mag die Kapitalgesellschaft, die meist nur mit geringem Betriebskapital ausgestattet ist[15]), dabei zu Grunde gehen.

---

13) Die bei der Beteiligung einer oHG. an einer anderen oHG. etwa bestehenden Bedenken können für die Frage der Zulässigkeit der Beteiligung einer oHG. an einer Kapitalgesellschaft keine Rolle spielen. Denn im letzterem Falle handelt es sich im wesentlichen um Vermögensrechte. Die Beteiligung und auch die Gründung durch eine oHG. als Mitgründer ist deshalb zulässig (s. auch Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 2, § 182 Anm. 14; Staub-Pinner § 124 Anm. 3, § 182 Anm. 7).

14) s. insbes. auch die Entscheidung in StuW. 1934 II Nr. 125.

15) Durch das „Gesetz über Aktiengesellschaften u. Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)“ vom 30. Januar 1937 (RGBl. 1937 I S. 107 ff.) ist es nicht mehr möglich, eine Aktiengesellschaft mit geringerem Kapital als 500 000 RM zu gründen (§ 7 Abs. 1).

Das Anlagevermögen wird nicht davon berührt, da es nicht Eigentum der Kapitalgesellschaft geworden ist.

5. Eine Kommanditgesellschaft verpachtet.

Der wesentliche Unterschied der Kommanditgesellschaft gegenüber der offenen Handelsgesellschaft ist die Beschränkung der Haftung bei einem Teil der Mitglieder auf ihre Einlage. Vielfach werden die offenen Handelsgesellschaften im Laufe der Zeit zu Kommanditgesellschaften, wenn sich der Kreis der beteiligten Personen erweitert, was insbesondere durch Erbgang eintreten kann[16]). Namentlich große Kommanditgesellschaften lassen sich weitgehend kapitalistisch ausgestalten und dem Charakter einer Kapitalgesellschaft nähern, jedoch ist eine gänzliche Verwischung der Grenzen nicht möglich[17]). Sollen auch die Komplementäre die Vorteile einer Haftungsbeschränkung genießen, so ist die Verpachtung des Unternehmens der gegebene Weg.

§ 2.

Organisatorische Verschiedenheiten.

Für die Beurteilung der Unternehmensverpachtung ist die Kenntnis über das Verhältnis der Verpächterin zur Pächterin in organisatorischer Hinsicht wesentlich. Dieses Verhältnis ist durchaus nicht einheitlich[18]). Die Verknüpfung kann enger oder weiter sein.

---

16) Mitunter ergaben sich bei der Materialsammlung zu dieser Arbeit Kommanditgesellschaften, die zwei oder drei persönliche Gesellschafter aufwiesen, dagegen eine Zahl von 10—30 Kommanditisten. In einem Falle handelte es sich sogar um eine Kommanditgesellschaft mit einem persönlich haftenden Gesellschafter und 59 Kommanditisten. — Beispiele für das außerordentliche Anwachsen einer anfänglich aus wenigen Mitgliedern bestehenden Personalgesellschaft (allerdings oHG.) bieten die Entscheidungen des RG. in RGZ. 91, 166, wo 65 und in RGZ. 36, 60, wo sogar 159 Gesellschafter vorhanden waren.

17) Düringer-Hachenburg (Vorbem. II vor § 161 HGB. S. 1056 ff.) haben ausführlich die Möglichkeiten der Ausgestaltung dargelegt und ihre Grenzen aufgezeigt.

18) Im weiteren Verlauf der Arbeit wird die Behandlung der Kapitalgesellschaften einerseits (AG. und GmbH.) und der Personalgesellschaften andererseits (oHG. und KG.) zusammengefaßt. Was für die oHG. bzw AG. gesagt ist, gilt in gleicher Weise für die KG. bzw. GmbH.

1. Die Verpächterin besitzt Anteile bezw. Aktien der Pächterin.

Ist die Beteiligung der Verpächterin nur gering, so wird im allgemeinen auch ihr Einfluß nicht groß sein. Dies wirkt sich insbesondere bei der Festsetzung der Pachtbedingungen aus. Verpächterin und Pächterin stehen sich durchaus als ebenbürtige Partner gegenüber.

Hat die Verpächterin aber mehr als die Hälfte der Aktien der Pächterin in Händen, so besitzt sie bereits die Macht, den Pachtvertrag in ihrem eigenen Interesse zu gestalten. Mit der Mehrheit der Aktien hat sie entscheidenden Einfluß auf die Wahl des Vorstandes und kann ferner in der Hauptversammlung den Abschluß des Vertrages in ihrem Sinne erreichen (§ 113 Akt. Ges.)[19]). Die Stimmrechtsausübung der Verpächterin findet ihre Begrenzung nur in dem Verbot des sittenwidrigen Handelns (§ 138 BGB.) und der Vorschrift des § 197 Abs. 2 Akt.Ges.[20]). Danach kann ein Beschluß der Hauptversammlung auch dann angefochten werden — er ist also nicht ohne weiteres nichtig —, wenn „ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen." Dient allerdings der erstrebte Vorteil schutzwürdigen Belangen, so entfällt die Möglichkeit der Anfechtung (§ 197 Abs. 2 S. 2 Akt.Ges.).

Dagegen besteht für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Ausschluß der Abstimmung weiter (§ 47 Abs. 4 GmbH.-Ges.). Nach dem früher bei Aktiengesellschaften geübten Vorbild[21]) kann den Geschäftsführern durch die Gesellschafterver-

---

19) Nach dem bis zum 1. Okt. 1937 geltenden Aktienrecht war ein Aktionär in der Generalversammlung von der Beschlußfassung ausgeschlossen, wenn es sich um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm handelte (§ 252 Abs. 3 HGB.). Die Verpächterin hätte also bei der Festsetzung der Pachtbedingungen nicht mitstimmen können. Das Aktiengesetz hat diese Beschränkung in § 114 Abs. 5, der dem bisherigen § 252 Abs. 3 HGB. entspricht, nicht übernommen.

20) s. auch Schlegelberger-Quassowski § 114 Anm. 17 und § 197 Anm. 5.

21) s. auch Staub § 252 Anm. 25, 26 und angeführte Rechtsprechung und Lehre.

sammlung die Befugnis zum Abschluß aller Arten von Geschäften, insbesondere also auch von Pachtverträgen eingeräumt werden. Schließen die Geschäftsführer nun den Pachtvertrag ab, so handeln sie lediglich auf Grund der ihnen erteilten Vollmacht. Das Geschäft kommt nach ihrem freien Willen zustande, ohne Mitwirkung des am Vertrag beteiligten Gesellschafters. Im übrigen kann die Verpächterin als Gesellschafter der GmbH. durch Abstimmung bei der Wahl der Geschäftsführer und des Aufsichtsrats Einfluß gewinnen. Denn dafür besteht das Verbot des § 47 Abs. 4 GmbH.-Ges. nicht[22]).

Befinden sich sämtliche Aktien oder Anteile der Pächterin in Händen der Verpächterin, so kann diese einen für sie günstigen Pachtvertrag ohne weiteres durchsetzen. Bezüglich der Aktiengesellschaft ergibt sich dies aus dem Fehlen einer gegenteiligen Bestimmung in § 114 Akt.Ges. Das Abstimmungsverbot des § 47 Abs. 4 GmbH.-Ges. bewirkt keine Nichtigkeit, sondern lediglich Anfechtbarkeit des Verpachtungsbeschlusses. Dessen Vernichtung hat also die Anfechtungserklärung zur Voraussetzung. Eine solche ist aber nicht möglich, weil sich sämtliche Anteile in der Hand der Verpächterin befinden. Die Verpachtung bleibt daher wirksam.

2. Die Verpächterin besitzt Anteile bezw. Aktien und Einfluß auf die Geschäftsführung der Pächterin.

Befindet sich ein größerer Teil von Aktien oder Anteilen der Pächterin in Händen der Verpächterin, so wird diese in der Regel gleichzeitig Einfluß auf den Betrieb des verpachteten Unternehmens haben. Ist die Pachtgesellschaft eigens zum Zwecke des pachtweisen Betriebes von der Verpächterin gegründet worden, so ist dies wohl stets der Fall. Meist sind dann die Gesellschafter der Verpächterin die alleinigen Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder der Pächterin. Besitzt die Verpächterin selbst oder durch ihre Gesellschafter sämtliche Anteile oder Aktien der Pächterin, so ist die Beherrschung vollkommen. Die Pächterin besitzt praktisch — trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit — keinen eigenen Willen mehr. Die Verpächterin kann bei der Pächterin die Geschäftsführung so einrichten, wie es

22) s. auch Hachenburg (Komm.z.GmbH.-Ges.) § 47 Anm. 22, 24 u. angef. Rechtsprech.; Liebmann-Saenger § 47 Anm. 9.

ihren eigenen Interessen am meisten entspricht. Das Geschäftsgebaren bei der Pächterin wird dann ganz den Interessen der Verpächterin dienen.

3. Die Verpächterin besitzt keine Anteile bezw. Aktien der Pächterin.

Handelt es sich bei Verpächterin und Pächterin um zwei Unternehmen, die kein weiteres Interesse aneinander haben als das, die Pachtentschädigung zu erhalten bezw. Einnahmen durch den pachtweisen Betrieb zu erzielen, und will die Verpächterin keine eigene mitwirkende Tätigkeit ausüben, so wird sich eine gegenseitige Kontrolle erübrigen.

Hat aber die Verpächterin ein großes Interesse daran, das Unternehmen in seinem Umfang und seiner Qualität zu erhalten, womöglich noch zu vergrößern, so wird sie zur Sicherung ihrer Belange versuchen, trotz mangelndem Aktien- oder Anteilsbesitz, Einfluß auf die Geschäftsführung der Pächterin zu erlangen. Der Einfluß kann z. B. in dem Recht bestehen, eine von ihr gewünschte Persönlichkeit in den Vorstand oder Aufsichtsrat zu ernennen, oder jederzeit gewisse Kontrollmaßnahmen durchzuführen oder auch für die Vornahme gewisser Geschäfte das Bestimmungsrecht zu haben. Ob solche Bindungen getroffen werden, hängt von dem wirtschaftlichen Kräfteverhältnis der Vertragsparteien und dem Interesse der Pächterin ab. Insbesondere wird die Pächterin sich zu solchen Abmachungen bereit finden, wenn es sich um ein altes, bewährtes Unternehmen handelt und die Gewinnaussichten offensichtlich günstig sind; oder wenn ein anderes ähnliches Unternehmen sich aus Mangel an den notwendigen Mitteln nicht eröffnen läßt, die Pächterin aber auf Betrieb angewiesen ist, usf.

4. Die Verpächterin ist von der Pächterin abhängig.

Im allgemeinen wird — falls überhaupt — die Pächterin von der Verpächterin abhängig sein, sei es nun in wirtschaftlicher, sei es in organisatorischer Hinsicht. Aber auch der umgekehrte Fall ist möglich: daß die Verpächterin von der Pächterin abhängig ist.

Meist wird wirtschaftliche Abhängigkeit vorliegen. Die Kapitalgesellschaft (Pächterin) hat z. B. der Personalgesellschaft (Ver-

pächterin) ein größeres Darlehen gegeben oder besitzt eine rein tatsächliche Machtstellung durch die Beherrschung des Marktes oder der Rohstoffquellen. Andererseits kann auch die Kapitalgesellschaft mit einem erheblichen Betrag als stille Gesellschafterin, als Kommanditistin[23]) — Kommanditbeteiligung ist häufig eine umgewandelte Darlehensschuld der Personalgesellschaft oder eines Einzelkaufmanns — oder auch als (persönlich haftende) Gesellschafterin[24]) beteiligt sein; sie kann den Geschäftsführer oder einen Prokuristen bei der Verpächterin nach den Bestimmungen des Pachtvertrages ernennen.

5. Verpächterin und Pächterin sind gegenseitig beteiligt.

Manche Pachtverträge weisen einen gegenseitigen Austausch von Anteilen auf. Zwischen Kapitalgesellschaften ist dies häufig. Der Grund liegt in dem Bestreben, die gegensätzlichen Interessen auszugleichen und auf diese Weise eine möglichst enge Verknüpfung und gegenseitige Unterstützung zu erreichen. Gleichzeitig ist damit eine gewisse Kontrolle beiderseitig gewährleistet.

Dieselben Gründe gelten für den — allerdings seltenen — Austausch zwischen Kapitalgesellschaft und Personalgesellschaft. Die Pächterin gibt einen Teil ihrer Aktien oder GmbH.-Anteile an die Verpächterin ab. Diese kann jedoch als Personalgesellschaft die Pächterin nur als weiteren Gesellschafter aufnehmen oder sie als Kommanditisten oder stillen Gesellschafter beteiligen.

6. Die Verpächterin ist weiterhin tätig.

Wenn auch die Verpächterin ihr Unternehmen verpachtet hat, so ist es doch durchaus möglich, daß sie weiter tätig bleibt.

Diese Tätigkeit kann zunächst im Interesse der Pächterin liegen. So ist es möglich, daß die Verpächterin für die Pächterin die Werbung, den Einkauf oder Verkauf übernommen hat. Die

---

23) s. Düringer-Hachenburg § 161 Anm. 11; Koenige § 161 Anm. 12; Staub § 161 Anm. 6.

24) Die Zulässigkeit der Beteiligung einer AG. oder GmbH. an einer oHG. als Mitgesellschafterin oder an einer KG. als persönlich haftender Gesellschafterin ist jetzt allgemein anerkannt (siehe Koenige § 105 Anm. 6, sowie mit ausführl. Begründung u. Literaturnachweisung Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 20; Staub § 105 Anm. 22; RG. 105, 101).

Tätigkeit kann einen größeren oder geringeren Umfang einnehmen, vielleicht auch lediglich auf Mithilfe beschränkt sein, z. B. Einführung bei der Kundschaft oder den Lieferanten, Übernahme von Bürgschaften bei der Beschaffung von Krediten usw.

Andererseits ist es auch möglich, daß die Verpächterin für sich selbst tätig wird ohne Verbindung mit der Pächterin. Die Verpächterin kann sich namentlich um neue Absatzgebiete für die Zeit nach der Pachtbeendigung bemühen oder neue Rohstoffquellen zu erschließen suchen. Sie kann sich auch damit befassen, eine Betriebserfindung auf ihre praktische Durchführbarkeit und Rentabilität zu untersuchen, um gegebenenfalls nach Beendigung des Pachtverhältnisses die Ergebnisse zu verwerten. Auch hier kann der Umfang der Tätigkeit größer oder kleiner sein[25]).

Es ist auch durchaus denkbar, daß die Verpächterin sowohl im eigenen Interesse wie in dem der Pächterin tätig wird. Das kann geschehen, ohne die beiderseitigen Belange in Gegensatz zueinander zu bringen.

§ 3.
Umfang und Zeitdauer der Verpachtung.

1. Verpachtungsumfang.

Was verpachtet wird, ist im Einzelfall sehr verschieden. Meist wird das Unternehmen in seinem ganzen Umfang verpachtet. Doch kommt es auch vor, daß lediglich ein Teil verpachtet wird, während der Rest für die Zeit der Pacht oder für immer stillgelegt wird. Der Grund liegt dann in der mangelnden Rentabilität des Unternehmens in seinem vollen Umfang oder im nichtverpachteten Teil. Unter Umständen wird der nichtverpachtete Teil in kleinem Rahmen weiter betrieben.

Vielfach hat die Pächterin ein Interesse daran, den Wert des Unternehmens über die Vertragsdauer hinaus für sich zu sichern. Das ist möglich durch Vereinbarung des Vorkaufsrechts oder der Option.

Will die Pächterin lediglich Dritte daran hindern, das Unternehmen zu erwerben, so wird ihr das Vorkaufsrecht genügen.

---

25) Zuweilen verpflichtete sich die Verpächterin, die Ergebnisse ihrer Laboratoriumsarbeit der Pächterin zur Verfügung zu stellen.

Möglich ist andererseits, daß ihr trotz weitergehendem Interesse eine stärkere Bindung der Verpächterin nicht gelingt.

Das Vorkaufsrecht ist aber im allgemeinen für die Zwecke der Pächterin nicht genügend[26]). Will sie selbst Eigentümerin des Unternehmens werden, so sucht sie sich das Optionsrecht auf das Unternehmen zu verschaffen, das dann in der Regel bereits während der Pachtzeit ausgeübt werden kann. Wird es innerhalb dieser Zeit oder innerhalb einer bestimmbaren Zeit nach Beendigung der Pacht nicht geltend gemacht, so ist dann das Recht erloschen. Das Optionsrecht in Verbindung mit der Pacht ist deshalb besonders beliebt, weil die Pächterin durch den Betrieb feststellen kann, ob das Unternehmen gewinnbringend ist. Vielfach wird die Pacht als Vorstufe des Erwerbs gewählt, um der Pächterin ein Einarbeiten und einen Überblick zu ermöglichen.

Die pachtweise Überlassung des Betriebes bringt auch eine gewisse Gefahr für die Verpächterin mit sich. Denn die Pächterin erlangt notwendigerweise Kenntnis von Fabrikationsgeheimnissen, sie lernt den Kundenkreis kennen. Bei längerer Verpachtungsdauer kann die Pächterin die Kundschaft der Verpächterin gänzlich an sich ziehen. Gegen diese Gefahren, die sich erst nach Beendigung der Pacht auswirken werden, kann die Verpächterin sich durch die Vereinbarung einer Übernahmeverpflichtung sichern. Die Pächterin muß dann auf Verlangen der Verpächterin innerhalb eines bestimmten Zeitraumes das Unternehmen käuflich erwerben.

Ist die Firma der Verpächterin bekannt, diejenige der Pächterin dagegen nicht, so wird im allgemeinen die Firma mitverpachtet. Die Zulässigkeit ergibt sich aus § 22 Abs. 2 HGB.[27]). Mit der Übertragung begibt sich die Verpächterin des Rechts, die Firma während der Pachtzeit zu führen.

2. Verpachtungsdauer.

Die Verpachtungsdauer hängt von den Gründen ab, aus denen heraus die Verpachtung erfolgt. Dabei ist grundsätzlich zu un-

---

26) Infolgedessen ist es nicht sehr üblich, s. auch Hoeniger i. Festschr. S. 3.

27) s. auch Düringer-Hachenburg § 22 Anm. 17, 20; Koenige § 22 Anm. 4; Staub § 22 Anm. 15.

terscheiden zwischen Verträgen, die auf bestimmte Zeit und solchen, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden.

Erfolgt die Verpachtung wegen einer mehr vorübergehenden Behinderung der Verpächterin — die Inhaber der Verpächterin sind erkrankt, minderjährig oder auf Reisen —, so wird die Vertragsdauer nur kurz bemessen sein und zwischen 1—10 Jahren liegen. Eine feste Bindung auf eine längere Zeit als 30 Jahre läßt das Gesetz nicht zu (§ 567 in Verb. mit § 581 Abs. 2 BGB.). Häufig wird die Vertragsdauer auch kurzfristig bemessen mit einer jeweiligen stillschweigenden Verlängerung auf bestimmte Zeit, falls nicht seitens einer Partei Kündigung erfolgt.

Vielfach wird auch das Pachtverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen. So kann es auf die Dauer des Bestehens der Pächterin oder Verpächterin oder auf die Lebenszeit einer natürlichen Person geschlossen werden.

Die Lösung des Pachtverhältnisses ist verschieden geregelt. Meist wird ein wechselseitiges Kündigungsrecht vereinbart. Es kann jedoch auch auf einen Vertragsteil beschränkt sein. In der Regel wird die Kündigung sachlichen oder zeitlichen Beschränkungen unterworfen. Auch ein gänzlicher Ausschluß der Kündigungsbefugnis ist denkbar.

2. Kapitel: Die Bedeutung des Unternehmensbetriebes im Dasein der offenen Handelsgesellschaft.

Die Vielfältigkeit der Formen, in denen die Pachtverträge über ein oHG.-Unternehmen vorliegen können, bedingt es, daß kein einheitliches Bild möglich ist. Zwei Pachtverträge können äußerlich vollkommen übereinstimmen, trotzdem aber grundverschieden sein. Dies mag auch die Meinungsbildung über die Wirkung der Verpachtung auf den Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft beeinflußt haben. Es lassen sich folgende Ansichten unterscheiden: Die Verpachtung bewirkt Auflösung der oHG.; durch die Verpachtung wird die oHG. zur Gesellschaft des BGB.; die Verpachtung ändert nichts an dem Weiterbestehen.

Den Ansichten, die ein Weiterbestehen der oHG. während der Pachtzeit ablehnen, ist gemeinsam, daß sie das Bestehen einer oHG. ohne tatsächliches Betreiben eines Unternehmens nicht für möglich halten.

Ist der Betrieb tatsächlich Voraussetzung für das Bestehen einer oHG.? Um dieses entscheiden zu können, bedarf es der Untersuchung über den Werdegang der offenen Handelsgesellschaft.

§ 4.

Entstehung der offenen Handelsgesellschaft.

Nach § 105 HGB. ist „eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist", eine offene Handelsgesellschaft, „wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist". Aus dieser Fassung des Gesetzes ergibt sich: eine Gesellschaft muß vorliegen[28]); ihr Zweck

28) Nach dem Wortlaut des Art. 85 ADHGB. war dies nicht klar. § 105 hat durch seine Fassung diesen Zweifel behoben. Vgl.

muß sich auf den Betrieb eines Handelsgewerbes und zwar unter gemeinschaftlicher Firma richten; die Haftung darf nicht beschränkt sein[29]).

Das HGB gibt keine Begriffsbestimmung der Gesellschaft und verweist im übrigen auf die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft[30]). Das bedeutet, daß die Grundelemente der Gesellschaft des BGB. und der oHG. dieselben sind[31]). Das Kammergericht[32]) nennt die oHG. eine „Unterart" oder „Abart"[33]) der Gesellschaft des BGB.[34]). Als Folge ergibt sich, daß auch die Grundsätze über die Entstehung der Gesellschaft des BGB. auf die Entstehung der oHG. Anwendung finden.

Die Gesellschaft des BGB. entsteht durch Vertrag (§ 705 BGB.). Dieser kann stillschweigend geschlossen werden. Formfreiheit gilt auch für den Gesellschaftsvertrag der oHG.[35]), es sei denn, daß die Verpflichtung zur Grundstücks- oder Vermögensübertragung übernommen wird (§§ 313, 311 BGB.). Zur Entstehung der Gesellschaft des BGB. ist ein Vertrag erforderlich und genügend, die Aufnahme der Tätigkeit zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes ist nicht erforderlich.

Gilt dieser Grundsatz auch für die oHG., ist also der „Betrieb" eines Handelsgewerbes zur Entstehung nicht notwendig?

Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2; Staub § 105 Anm. 2; Frels S. 1; Haas S. 11; Möhler S. 5; Schulte S. 5; Sengenwald S. 1/2.

29) Praktisch kann eine Haftungsbeschränkung allerdings erreicht werden durch Bildung der oHG. mit Kapitalgesellschaften (AG. u. GmbH.) als Gesellschaftern.

30) §§ 705 ff. BGB.

31) s. auch Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2. 13; Staub § 105 Anm. 8; Höhn S. 2; Schulte S. 8.

32) KG. i. JW. 1935, 1792.

33) Ebenso Frels S. 1.

34) Nach Koenige (Vorbem. 2 vor § 105) ist die oHG. „die Gesellschaft des bürgerl. Rechts, nur in einigen Richtungen entsprechend den Anschauungen und Bedürfnissen des Handelsverkehrs umgewandelt". Siehe auch Sengenwald S. 5/6 und Mummy S. 38.

35) Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 17, 18; Koenige § 105 Anm. 7; Staub § 105 Anm. 41; Haas S. 13; Thomas S. 19.

Die Ansichten hierüber sind geteilt. Die herrschende Meinung nimmt an, daß ein Betrieb nicht erforderlich sei[36]).

Die Gegenansicht unter Führung von Staub[37]) macht geltend, ohne Betrieb könne kein Handelsgewerbe bestehen. Infolgedessen könne es auch nicht genügen, daß die Gesellschaft einen Vertrag mit dem entsprechenden Zweck abschließe. Die Inbetriebnahme müsse vielmehr hinzukommen[38]). Der bloße Vertragsabschluß sei ein innerlicher Vorgang, der keine „offene Handelsgesellschaft" erzeuge. Hierzu sei ein Wirken nach außen begriffsnotwendig[39]). Da die oHG. nach § 6 HGB. als Kaufmann gedacht sei, müsse sie tatsächlich ein Gewerbe betreiben. Denn zur Kaufmannseigenschaft sei der Betrieb eines Handelsgewerbes erforderlich[40]). Auch der einzelne könne nicht lediglich durch einen inneren Willensentschluß zum Kaufmann werden[41]).. Das folge schon daraus, daß nach Art. 85 des ADHGB. als Vor-

---

36) Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11, 14, 23; v. Gierke i. Enzykl. HR. S. 44 u. Komm. § 30 I 1; Makower § 105 Anm. I d, II a, d, § 123 I a, III c; Mosse-Heymann § 123 Anm. 3 (ansch.); Müller-Erzbach Kap. 36 II S. 190; Ritter § 105 Anm. 3; Wieland § 43 S. 525, 526 (ansch.). Cohn S. 2, 3; Dahn S. 75 Anm. 1, S. 77; Grelck S. 22; Haas S. 13, 14; v. Keiser S. 32 (ansch.); Möhler S. 49; Ölfke S. 4 (ansch.); Reusels S. 11 (ansch); Schulte S. 7; Thomas S. 15, 16, 18; Webersberger S. 12, 13.

RGZ. 112, 281 = JW. 1926, 699 Nr. 5 u. Flechtheim daselbst. DJZ. 1912 S. 1299. RG. in Holdh. Mschr. 1905, 164.

37) Staub § 105 Anm. 11, § 123 Anm. 3.

38) s. Goldmann § 106 Anm. 1, 21; Jacobi in Jher. Jahrb. 70 S. 321; Koenige § 123 Anm. 1, 2; Lehmann-Ring § 105 Anm. 5. Ähnlich wohl auch Cosack § 14 I 2; Hueck in: Arch. f. bürg. R. 43, S. 445; ferner Levysohn S. 31, 32: „Abweichend von Düringer-Hachenburg dürfte zur Lebensfähigkeit einer oHG. sowohl der „Zweck" als auch der „Betrieb", auf den er sich erstrecken soll, in gleichem Maße notwendig sein".

39) Staub § 105 Anm. 11; Wegener S. 28.

40) Staub § 105 Anm. 11; Lotz § 7; Sengenwald S. 16; Trappe S. 17/18.

41) Wegener S. 28.

aussetzung der oHG. ein „Betreiben" erfordert gewesen sei[42]). Die jetzige gegenüber der früheren abweichende Fassung solle nur klarstellen, daß eine Gesellschaft — im Gegensatz zur bloßen Gemeinschaft — erforderlich sei[43]). — Während allgemein angenommen wird, daß durch den Abschluß des Vertrages immerhin eine Gesellschaft des BGB. entstanden sei, scheint Sengenwald auch dies abzulehnen[44]).

Frels, der sich dem Problem in eingehenden Ausführungen widmet[45]), führt außer den vorgenannten Gründen an: Lediglich durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages ohne Hervortreten nach außen sei keine genügende Klarheit über die Haftung getroffen. Die Feststellung der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter ergebe sich mittelbar aus dem Fehlen einer Erklärung ihres Beschränkt-Haften-Wollens, und diese Erklärung könne mit grundsätzlicher Wirkung gegenüber Dritten nur durch Wahl einer anderen Gesellschaftsform abgegeben werden[46]). Ob eine derartige Wahl getroffen worden sei, lasse sich aber erst beantworten, wenn die Gesellschaft als solche irgendwie nach außen hervortrete, sei es durch Anmeldung zur Eintragung, sei es durch Abschluß von Geschäften, auch vorbereitenden Geschäften, kurz: durch Beginn des Betriebes in weitestem Sinne. Von einer oHG. könne vorher keine Rede sein[47]). Andernfalls könne die Gesellschaft ebensogut als Kommanditgesellschaft bezeichnet werden[48]). Ferner ergebe sich die Richtigkeit aus der Systematik des Gesetzes. Die Bestimmung des § 123 HGB. stehe nicht etwa im Gegensatz zu § 105 HGB., sondern zu § 109 HGB.[49]). Außerdem könne in § 106 HGB. unter „Beginn der Gesellschaft" nur der Beginn nach außen verstanden werden. Dieser allein sei für die Öffentlichkeit von Bedeutung[50]). Wenn das Gesetz darin einen Gegensatz zu § 105, als Beginn der Ge-

---

42) Sengenwald S. 15; Trappe S. 19; Wegener S. 27.
43) Sengenwald S. 15; Wegener S. 28.
44) Sengenwald S. 14/15.
45) Frels S. 28 ff.
46) Frels S. 27.
47) Frels S. 39.
48) Frels S. 40.
49) Frels S. 31.
50) s. auch Staub § 106 Anm. 5.

sellschaft nach innen, lediglich durch Vertragsschluß gesehen hätte, würde es dies zum Ausdruck gebracht haben[51]).

Gegenüber dieser Lehre, die Betrieb zur Entstehung der oHG. für erforderlich hält, weisen Düringer-Hachenburg darauf hin, daß die Gesellschaft mit Abschluß des Vertrages zwar noch nicht ihre volle Wirksamkeit nach außen erlange. Dies geschehe erst durch den Beginn des Geschäftsbetriebes bzw. die Eintragung ins Handelsregister. Deswegen könne aber der Gesellschaft nicht der Charakter einer oHG. abgesprochen werden, namentlich im Hinblick darauf, daß der Eröffnung des Handelsgewerbebetriebes häufig eine Zeit der internen, nicht nach außen hervortretenden Vorbereitung vorausgehe. Es sei daher durchaus sachgemäß, schon in dieser Zeit die Sonderrechtssätze des HGB. über die oHG. anzuwenden, soweit sich nicht nach der besonderen Lage Abweichungen als gewollt ergäben[52]).

Ich möchte mich dem Standpunkt von Düringer-Hachenburg anschließen und die oHG. als bereits mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstanden ansehen.

Zunächst scheint die Gegenmeinung nicht genügend zu beachten, daß bei der oHG. scharf zu scheiden ist zwischen ihrer Wirkung nach innen, den Gesellschaftern gegenüber, und der Wirkung nach außen, Dritten gegenüber[53]). Diese Unterscheidung ergibt sich einwandfrei aus dem Gesetz, das in § 123 HGB. sagt: „Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein ...". Der natürliche Gegensatz dazu ist: „Die Wirksamkeit untereinander ... tritt ein ...". Insbesondere ist zur gegenteiligen Ansicht von Frels zu bemerken, daß § 109 HGB. nur besagt, nach welchen Grundsätzen das Verhältnis der Gesellschafter untereinander sich richtet, von Erlangung der Wirksamkeit aber keine Rede ist. Daraus geht hervor, daß § 123 HGB. den Gegensatz zu § 105

---

51) Frels S. 41.

52) Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11, 14, 23.

53) Über diese Unterscheidung s. u. a.: Cohn S. 2; Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 1; Grelck S. 22; Haas S. 14; Hergenhahn-Tuchatsch S. 25, 29, 156; v. Keiser S. 33; Laband, ZHR. 30, 521; Möhler S. 49; Reusels S. 10/11, 27; Schulte S. 8, 12, 27; Thomas S. 16/17; Trappe S. 15—18; Webersberger S. 13; Wieland § 43 S. 526, 528, § 44 S. 533.

HGB. bildet, § 105 also die Wirksamkeit der oHG. im Innenverhältnis betrifft. Das bedeutet aber die Entstehung der oHG. durch bloßen Abschluß des Vertrages, was im übrigen auch aus der Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB. auf die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft — zu deren Entstehung der Vertrag genügt — hervorgeht. Ferner ist aus der Fassungsänderung des früheren Art. 85 ADHGB. zu schließen, daß Vertrag (statt Gemeinschaft) zur Entstehung der oHG. nicht nur erforderlich ist, sondern auch, daß dieser genügt.

Andere Bestimmungen kommen für die Entstehung nicht in Frage, da nur der erste Titel über die offene Handelsgesellschaft (§§ 105—108 HGB.) die „Errichtung der Gesellschaft" erörtert[54]).

Zwar ist die oHG. ihrem Wesen nach dazu bestimmt, an die Öffentlichkeit zu treten[55]). Die Bezeichnung „offene" Handelsgesellschaft bedeutet jedoch nicht, daß die oHG. bereits im Augenblick ihrer Entstehung im engsten Sinne „offen" sein muß.

Die Haftungsform ist bereits mit Abschluß des Vertrages gewählt[56]). Solange jedoch die Gesellschaft nicht nach außen in Tätigkeit tritt, ist die Frage, ob oHG. oder KG., für die Öffentlichkeit belanglos. Denn diese ist ja hinreichend geschützt durch die Bestimmung des § 176 HGB., wonach sämtliche Kommanditisten wie Komplementäre haften, wenn der Geschäftsbetrieb begonnen wird, ehe die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist oder die Kommanditbeteiligung den Gläubigern bekannt ist.

Ferner ist die Ansicht von Frels[57]) abwegig, wonach § 106 Abs. 2 Nr. 3 HGB. als „den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat", nicht den Vertragsschluß, sondern die Wirksamkeit Dritten gegenüber bezeichne. Denn in diesem Fall wäre es nicht erklärlich, weshalb das Gesetz nicht dieselbe Ausdrucksweise gewählt hätte wie in § 123 HGB. Zudem hat die Öffentlichkeit ein ganz erhebliches Interesse daran, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu wissen[58]). Sie schafft ihr eine

---

54) s. auch Haas S. 13.
55) Eine Vereinigung, der eine solche Absicht fehlt, ist keine oHG. (s. auch RG. in I.Z. 1907, 218).
56) RGZ. 141, 279.
57) Frels S. 41.
58) a.A.: Düringer-Hachenburg § 106 Anm. 1.

bedeutende Beweiserleichterung gegenüber der Gesellschaft. Hat ein Gesellschafter nach dem als Beginn der Gesellschaft — Abschluß des Gesellschaftsvertrages — angegebenen Zeitpunkt eine Handlung vorgenommen, so ist in diesem Augenblick die offene Handelsgesellschaft nach außen wirksam geworden[59]). Es genügt sogar eine bloße Vorbereitungshandlung[60]). Der Dritte kann sich dann einfach auf die Eintragung berufen. Die oHG. muß gegebenenfalls beweisen, daß die Handlung ihres Gesellschafters nicht als ihre eigene zu gelten hat. Im Falle der Nichteintragung hat dagegen der Dritte die Beweislast[61]).

Nimmt man die Entstehung der oHG. im Falle des § 1 HGB. ohne Betrieb an, so kann man nicht — wie dies bisweilen geschieht[62]) — für den Fall der §§ 2, 3 HGB. Betrieb verlangen[63]). Denn § 105 HGB. unterscheidet bei der Nennung der Voraussetzungen zur Entstehung der oHG. nicht zwischen einem Handelsgewerbe nach § 1 und einem solchen nach §§ 2, 3 HGB. Das Gesetz verlangt nur, daß der „Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ... gerichtet ..." sein muß. Das bedeutet für die Gesellschaft, die ein Handelsgewerbe nach §§ 2, 3 HGB. betreiben will, daß ihr Zweck die in diesen Bestimmungen geregelten Erfordernisse umfassen muß. Entspricht der Gesellschafts-

---

59) So h.L. s. Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 3; Koenige § 123 Anm. 2; Staub § 123 Anm. 15; Ehrenberg II, 1 § 11 S. 144; Hergenhahn-Tuchatsch S. 159; Lehmann § 56 3 S. 297; Lehmann-Hoeniger § 46 S. 240; Mosse § 123 Anm. 2; Müller-Erzbach Kap. 36 II S. 190; Reusels S. 26; Ritter § 105 Anm. 3; Wieland § 43 II S. 528.

60) Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 3; Koenige § 123 Anm. 2; Staub § 123 Anm. 15; Haas S. 39; Hergenhahn-Tuchatsch S. 30, 159; Lotz S. 37; Müller-Erzbach Kap. 36 II S. 190; Thomas S. 17; Trappe S. 21.

61) Die Eintragung des Vertragsabschlusses verschafft der Öffentlichkeit auch Kenntnis von der Dauer des Geschäftsjahres, die von Interesse sein kann, wie Makower (§ 106 Anm. II d) mit Recht bemerkt.

62) z. B. Gierke in Enzykl. S. 44; Müller-Erzbach S. 193; Ölfke S. 5; Reusels S. 10; Ritter § 105 Anm. 3; Thomas S. 16; Webersberger S. 13.

63) Das erkennen auch manche Anhänger der Staub'schen Lehre an, s. u. a. Frels (S. 29, 38, 41); Trappe (S. 17).

vertrag — der auch stillschweigend geschlossen werden kann — dieser Voraussetzung, so ist die oHG. entstanden.

Allerdings verleiht der Vertragsabschluß noch nicht Kaufmannseigenschaft. Denn Kaufmann ist nur, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB.). Von einem Betreiben kann noch keine Rede sein. Es liegt lediglich die Absicht hierzu vor. Daraus nun unter Berufung auf § 6 HGB. zu folgern, deshalb könne die Gesellschaft auch keine oHG. sein, ist verfehlt. § 6 HGB. sagt lediglich, daß die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung zu finden hätten. Auf die Entstehung der oHG. angewandt, heißt dies: Solange die Gesellschaft mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes noch nicht begonnen hat, ist sie nicht Kaufmann. Die Gegenmeinung schließt fälschlich umgekehrt[64]): Solange die Gesellschaft nicht Kaufmann ist, ist sie nicht Handelsgesellschaft.

Die so entstandene offene Handelsgesellschaft hat — abgesehen von ihren allgemeinen gesellschaftlichen Eigenschaften — einige Besonderheiten. Sie zusammenfassend könnte man sagen: Die oHG. besitzt handelsrechtliche Handlungsbereitschaft. Sie kann nach Abschluß des Vertrages jederzeit mit dem Betrieb beginnen und dadurch nach außen wirksam werden. Damit würde sie auch die Kaufmannseigenschaft erwerben. Die Firma würde Schutz erhalten. Die oHG. kann die Firma außerdem zum Handelsregister anmelden und eintragen lassen[65]). Im übrigen steht es ihr vollkommen frei[66]), ob sie nach außen wirksam werden will oder nicht[67]).

---

64) s. namentlich Frels S. 35.

65) s. Lehmann-Ring § 106 Anm. 3; Makower § 103 Anm. II d. IV. RGZ. 112, 280 = JW. 1926, 699 Nr. 5.

66) s. auch Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 1.

67) Der abweichenden Ansicht von Ritter (§ 106 Anm. 2, s. auch Hergenhahn-Tuchatsch S. 31, Thomas S. 56), der den Zwang zur sofortigen Eintragung aus der Fassung des § 106 Abs. 1 HGB. „Die Gesellschaft ist . . . anzumelden" schließt, ist entgegenzuhalten, daß die Öffentlichkeit kein Interesse an der Eintragung hat, solange die oHG. nicht nach außen tätig geworden ist. Andererseits ist auch die Meinung von Düringer-Hachenburg (§ 106 Anm. 1, § 123 Anm. 5, 6) abwegig, wonach die Eintragung erst nach Eröffnung des Geschäftsbetriebs zulässig sei (ebenso Koenige § 123 Anm. 2, Staub § 123 Anm. 4), weil die Anmeldung zum Handelsregister die

Die Wirksamkeit nach außen tritt ein durch Eintragung oder Betriebseröffnung. Eine Betriebseröffnung ist schon in den vorbereitenden Handlungen zu sehen (z. B. Miete des Geschäftslokals, Anwerbung und Anstellung des Personals, Reklame usw.)[68]), sodaß die oHG. ohne eigentlichen Geschäftsbetrieb auch nach außen wirksam wird. Insbesondere muß dann die oHG. vollwirksam sein, wenn der aufgenommene Geschäftsbetrieb nicht sofort dem Umfang eines Handelsgewerbes entspricht[69]). Dieser Zustand kann längere Zeit anhalten.

§ 5.

Die offene Handelsgesellschaft nach der Entstehung.

Ist die offene Handelsgesellschaft einmal zur Entstehung gelangt, so wird sie ihrem Zweck entsprechend das Handelsgewerbe in vollem Umfange betreiben. Meist jedoch ist der Umfang des Betriebes nicht einheitlich. Es gibt Höhepunkte im Handelsleben eines Unternehmens und es gibt Krisenzeiten. Die Gründe dazu können äußerer Art sein, aber auch im Unternehmen selbst liegen. Insbesondere kann die Natur des Unternehmens einen solchen ständigen Wechsel im Betriebsumfang mit sich bringen[70]).

Ein zeitweiliges Herabsinken des Handelsgewerbebetriebes auf den Umfang eines Kleingewerbes läßt die oHG. in ihren handelsrechtlichen Eigenschaften unberührt[71]). Erforderlich ist nur, daß die Gesellschaft den handelsgewerblichen Zweck nicht aufgibt; sonst würde sie sich selbst zerstören.

Aus welchen Gründen die Verminderung erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann also auch absichtlich geschehen, z. B. weil die

---

Erklärung an das Publikum enthalte, daß die oHG. das Handelsgewerbe gegenwärtig betreibe (ebenso Flechtheim i. JW. 1926, 700 Anm. zu S. 699 Nr. 5 = RGZ. 112, 280). Denn in der Anmeldung ist die Betriebseröffnung zu sehen (vgl. auch Frels S. 28, RGZ. 22, 59).

68) s. Anm. 60.

69) s. Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11, § 123 Anm. 3; Koenige § 105 Anm. 3; Frels S. 18; Schulte S. 6; RGStr. i. DJZ. 1912, 1300.

70) s. auch Makower § 22 Anm. 1 b 2 S. 111.

71) s. Düringer-Hachenburg Vorbem. vor § 131; Arnscheidt S. 24; Grave S. 28; Prater S. 13/14; Rive S. 24 wohl ebenso; Rösel S. 9/10; Schulte S. 6; Strate S. 15/16; Trappe S. 27.

Marktlage schlecht ist. Erforderlich ist nur, daß der Zustand vorübergehend sein soll. Vorübergehend bedeutet nicht: auf kurze Zeit, sondern: nicht endgültig[72]). Eine vorübergehende Verminderung des Betriebes kann also unter Umständen mehrere Jahre dauern. Trotz der Verminderung des Betriebes muß die oHG. die Organisation aufrechterhalten und bereit sein, im geeigneten Augenblick das Unternehmen wieder in vollem Umfang zu betreiben. Es ist durchaus möglich, daß eine Beschränkung des Gewerbeumfanges zunächst nur kurzfristig gedacht ist, sich dann später aber als langdauernd herausstellt; umgekehrt kann eine auf lange Dauer eingestellte Beschränkung durch Änderung der Wirtschaftslage ihr Ende erreichen.

Es ist äußerst schwer — Außenstehende werden meist gar nicht oder doch erst spät dazu in der Lage sein —, festzustellen, wann nun tatsächlich nur mehr der Umfang eines Kleingewerbes vorliegt. Den Gesellschaftern selbst wird es oft gar nicht bewußt werden. Man denke z. B. an den Fall, daß in einem Unternehmen infolge günstiger Konjunktur und für die oHG. besonders günstiger Arbeitsbedingungen — namentlich billiger Arbeitskräfte — eine riesige Menge Fertigwaren hergestellt worden ist. Plötzlich wird aus irgendwelchen Gründen der bisherige Absatzmarkt unzugänglich. Die oHG. ist deshalb gezwungen, sich andere Absatzmöglichkeiten zu suchen und den Betrieb auf ein Mindestmaß herabzusetzen. Wegen der besonderen Lagerfähigkeit der Fertigwaren beansprucht die Verwaltung und Instandhaltung fast keine Arbeitskraft. Dagegen bleibt die Organisation — in vielleicht vermindertem Umfang — bestehen. Es kann sein, daß der Zustand von kurzer Dauer ist, er kann sich aber auch auf Jahre hinaus erstrecken. Infolge des großen Vorrats, der vorhandenen Organisation und der Kapitalkraft werden die Gesellschafter gar nicht auf den Gedanken kommen, ihr Unternehmen sei auf den Umfang eines Kleingewerbes herabgesunken.

Mag es sich nun um eine freiwillige oder unfreiwillige, langdauernde oder kurze Verminderung handeln: sie alle sind gleich zu behandeln. Denn sie sind ihrem Wesen nach vorübergehend. Die oHG. bleibt also trotz Herabsinken auf kleingewerblichen

---

72) Ritter § 105 Anm. 3; Sachs i. ZHR. 29, 42 (bezieht sich allerdings auf die AG). Vgl. insbes. RGZ. 110, 422 ff.

Umfang weiter bestehen, wenn dieser Zustand nur vorübergehend ist.

Aber nicht nur das zeitweilige Herabsinken des Betriebsumfanges auf den eines Kleingewerbes läßt die Handelsrechtseigenschaft der oHG. unberührt. Auch ein zeitweiliges gänzliches Ruhen des Betriebes überhaupt ändert nichts daran[73]).

Besonders deutlich wird dies bei den sog. Saisonbetrieben. In der Zeit nach der Saison hört der Betrieb in der Regel ganz auf. Es werden vielleicht nicht einmal Instandhaltungsarbeiten geleistet, so daß man mit voller Berechtigung von einem gänzlichen Ruhen sprechen kann. Der Betrieb setzt erst wieder mit Beginn der neuen Saison ein. Niemand wird annehmen, daß in der Zwischenzeit des gänzlichen Ruhens die oHG. erlösche oder sich auflöse.

Weiter kann ein unvorhersehbares Ereignis — bei Saisonbetrieben läßt sich Anfang und Ende des Ruhens von vornherein feststellen — Ruhen des Betriebes bewirken. So, wenn die Gesellschafter erkranken und eine Vertretung durch Dritte nicht möglich ist, weil das ganze Unternehmen ausschließlich auf dem Vertrauen der Kundschaft zu den Gesellschaftern persönlich aufgebaut ist. Oder es bricht ein Streik aus. Das Unternehmen wird durch staatliche Maßnahmen zur Einstellung gezwungen. Der Gewerbezweig ist für Ein- oder Verkauf auf das Ausland angewiesen; plötzlich wird ein Ein- oder Ausfuhrverbot erlassen. Oder es ergehen Devisenbestimmungen, wodurch praktisch z. B. eine Rohstoffbeschaffung unmöglich wird. Oder die Gesellschafter werden in Untersuchungshaft genommen, das Unternehmen beschlagnahmt und der Betrieb verboten[74]). Oder die Anlagen des Unternehmens werden irgendwie zerstört, z. B. durch Feuer oder Wasser[75]).

Der Unterschied dieser Fälle gegenüber den Saisonbetrieben liegt in der mangelnden Voraussehbarkeit des Eintritts und der

---

73) s. Grave S. 28; Isay S. 74/75; Makower § 22 Anm. 1 b 2 S. 111; Mildenberger S. 14/15; Ritter (Kommentar) § 105 Anm. 3; Rive S. 24; Sachs in ZHR. 29, 42 (bezügl. AG.). RGZ. 110 S. 422; RG. in Monatsschr. f. Marken-, Patent- u. Wettbewerbsrecht 1934 S. 81 (unter Berufung auf RGZ. 110 S. 422); KG. in JW. 1929 S. 1059; OLG. 38 S. 7.

74) s. auch Grave S. 28.

75) s. auch Sengenwald S. 16.

Beendigung des Ruhezustandes. Das darf aber nicht dazu verleiten, die Fälle verschieden zu behandeln. Der Grundcharakter des Ruhens ist derselbe: es handelt sich nur um einen vorübergehenden Zustand. Das gilt für alle Fälle. Die Zeitdauer als solche spielt dann keine Rolle. So wäre es z. B. denkbar, daß eine Störung in kürzester Zeit behoben ist. Genau so gut kann sie sich monatelang, vielleicht auch noch länger hinziehen. Dasselbe gilt von behördlichen Geboten und Verboten. Wenn auch z. B. die Devisengesetze auf eine gewisse Zeit berechnet sind: grundsätzlich sind sie vorübergehender Natur, Notmaßnahmen. Infolgedessen mag es sein, daß sie aus irgendwelchen wirtschaftlichen Gründen bald nach Erlaß wieder aufgehoben werden. Es wäre wirtschaftlich untragbar, wenn die oHG. bei einer solchen Unsicherheit über die Dauer des Ruhezustandes den handelsrechtlichen Charakter verlieren würde. Geradeso wie bei Vorliegen von Saisonbetrieben besteht sie also auch in den anderen genannten Fällen[76]) des Ruhens weiter[77]).

§ 6.

Liquidation der offenen Handelsgesellschaft.

Das gesetzlich geregelte Verfahren zur Beendigung der offenen Handelsgesellschaft nach deren Auflösung ist die Liquidation. Wie für die innere Ausgestaltung der oHG. in erster Linie der Gesellschaftsvertrag in Frage kommt, so ist die Anordnung und Ausgestaltung der Liquidation durch das Gesetz nur von untergeordneter Bedeutung. Denn die Liquidation tritt nur ein,

---

76) Düringer-Hachenburg (§ 131 Anm. 11) nehmen in solchen Fällen Auflösung an. Es habe keinen Sinn, die Auflösung von einem Beschlusse der Teilhaber oder einer gerichtlichen Entscheidung abhängig zu machen. Wohl könne die Auflösung durch Vereinbarung eines neuen Gesellschaftszweckes, also durch Änderung des Gesellschaftsvertrages, gehindert oder, wenn sie bereits eingetreten sei, rückgängig gemacht werden.

77) Vielfach wird in der Einführung von Zöllen und Monopolen, dem Erlaß von Ein- und Ausfuhrverboten usw. ein Grund zur Auflösungsklage nach § 133 Abs. 1 HGB. gesehen. Damit wird praktisch das Weiterbestehen der oHG. anerkannt. Denn eine Auflösungsklage hätte dann keinen Sinn, wenn die oHG. bereits zu bestehen aufgehört hätte. Siehe u. a. Staub § 133 Anm. 18; Haack S. 43/44; Hergenhahn-Tuchatsch S. 243.

„sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist" (§ 145 Abs. 1 HGB.)[78]).

Die Formulierung des § 131 HGB. („... wird aufgelöst") sowie des § 145 HGB. („Nach der Auflösung .. .") könnte darauf schließen lassen, daß im Augenblick des Eintritts der in § 131 HGB. genannten Tatsachen die oHG. beendet sei, d. h. als solche zu bestehen aufgehört habe. Die Liquidation bedeutete dann lediglich ein notwendiges Anhängsel an das erloschene Dasein der oHG. Soweit die oHG. während der Liquidation als fortbestehend gilt, § 156 HGB., wäre dies nur eine Annahme, eine Fiktion.

In der Tat wurde dies namentlich zu Anfang der Geltungsdauer des ADHGB. angenommen (Fiktionstheorie)[79]). Infolge der Auflösung bestehe die oHG. nicht mehr[80]). Da aber ihr Vermögen nicht ins Leere fallen könne, so gelte die oHG. als fortbestehend, bis die gemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu bestehen aufgehört hätten.

Eine ander Lehre (zusammenfassend meist als Sukzessionstheorie[81]) bezeichnet) erklärt, im Augenblick der Auflösung erlösche die oHG. und an ihre Stelle trete eine neue, gänzlich verschiedene oHG. mit dem alleinigen Zwecke der Durchfüh-

---

78) Da der Zweck lediglich die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern ist, spielt der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes keine Rolle. So auch insbes. Groschuff (JW. 1935, 3265 Anm. 64): „... sie ist aber im Gegensatz zu der nach Auflösung seiner Kapitalgesellschaft stattfindenden „Gläubigerbefriedigungs-Liquidation" eine Auseinandersetzungs-Liquidation"; s. ferner Düringer-Hachenburg Vorbem. vor § 145, § 145 Anm. 6; Staub § 145 Anm. 7.

79) Ritter (Kommentar 1910) § 145, 156; ferner (zit. nach Ritter, Diss., S. 20 ff.): Brinckmann § 51 S. 188; Goldmann § 156 Nr. 1, 2; Renaud in „Recht der Kommanditgesellschaft" S. 519 ff., S. 529 u. in „Recht der Aktiengesellschaft" S. 842; Wächter S. 50. Außerdem (zit nach Bahr S. 23—26) Anschütz-v. Völderndorff S. 294; Gareis-Fuchsberger S. 540.

80) Zusammenstellung über die Liquidationstheorien s. Bahr S. 23—26; Höhn S. 6—8; Mache S. 11—20; Paquin S. 10—20.

81) Anscheinend O. v. Gierke in Enzyklopädie S. 51; v. Hahn S. 573 (zit nach Bahr S. 23 ff.); Bahr (S. 23) rechnet auch Renaud („Recht der Kommanditgesellschaft" S. 519 ff., 529) dazu.

rung der Liquidation (Zwangsvertragstheorie)[82]). Oder man folgert, bereits bei Abschluß des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages sei stillschweigend mitbeschlossen worden, daß im Augenblick der etwaigen Auflösung eine neue oHG. an Stelle der alten treten solle (Präsumtionsvertragstheorie)[83]).

Dagegen nimmt die sog. Identitätstheorie[84]) — die als herrschend zu bezeichnen ist —an, die oHG. wandle sich durch die Auflösung nur in eine Liquidationsgesellschaft um. Die Identität der Gesellschaft als solche werde durch die Auflösung nicht berührt. Verschieden ist nur die Auffassung über die Wirkung der Auflösung:

Vielfach wird angenommen, lediglich der Zweck der Gesellschaft habe sich geändert; er sei nicht mehr auf Produktion, sondern nur mehr auf Abwicklung der Gesellschaft gerichtet[85]). Andere erklären, die aufgelöste oHG. bleibe einstweilen fortbestehen[86]), die Gesellschaft bestehe in ihrer Totalität fort[87]) bezw. sei auch jetzt noch oHG. und zwar dieselbe wie vorher[88]), die sog. Auflösung habe höchstens eine Lockerung des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Bandes zur Folge[89]). Wieder andere nehmen an, daß die oHG. als solche erlösche, aber als Liquidationsgesellschaft fortbestehe[90]).

---

82) Behrend § 81, 82; Keyßner S. 14.Scheinbar auch Lehmann-Ring Nr. 1 vor 131: „Die oHG. als soche hört ohne weiteres auf"; tatsächlich jedoch steht er auf dem Boden der Identitätstheorie, siehe § 156.

83) Franken S. 412.

84) Siehe außer den in den folgenden Anmerkungen besonders aufgeführten Vertretern: Frangenheim S. 20; Genneper S. 6; Hilde Meyer S. 16; Paquin S. 10—20; Seim S. 4, 46, 47; Trappe S. 30; Rive S. 24 und Kohler in Arch. f. bürg. R. 40 S. 257 (anscheinend).
S. 30; Rive S. 24 und Kohler in Arch. f. bürg. R. 40 S. 257 220; Gierke § 33 I S. 228; Makower § 131 II S. 326; Ritter (Diss.) S. 34.

86) Cosack § 22 I 1 S. 52.

87) Lehmann § 62 3 S. 330.

88) Heubach S. 76; Hergenhahn-Tuchatsch S. 362; Ritter § 131 Anm. 2 mit ausführlicher Begründung; Lehmann-Hoeniger § 51 S. 267/68.

89) Nöldeke S. 40.

90) Berner S. 18; Lehmann-Ring § 156, § 131; Wieland § 62 II u. Anm. 13. S. 694; wohl ebenso Staub § 145 Anm. 3.

Wimpfheimer lehnt alle vorgenannten Theorien ab[91]). Nach seiner Meinung bedeutet „Auflösung" gar nicht, daß mit diesem Zeitpunkt tatsächlich die Auflösung der oHG. eintrete. Vielmehr werde durch die Auflösungstatbestände des § 131 HGB. nur ein Grund für die demnächstige Beendigung der oHG. geschaffen. Die Auflösung bedeute daher lediglich, daß die Gesellschaft von nun an nicht mehr im Aufsteigen, sondern im Absteigen begriffen sei. Es handele sich nach wie vor um genau dieselbe oHG. ohne jede Wesensänderung. Denn solange sich die oHG. noch auflöse, also im Stadium der Auflösung sei, befinde sie sich noch in einer Periode ihrer eigenen Existenz. Sie bestehe daher noch und zwar solange, bis der Auflösungsprozeß sein Ende gefunden habe[92]).

Im Endergebnis stimmt Wimpfheimer also mit der Identitätstheorie überein[93]). Er lehnt sie ab, weil sie erklärt, die oHG. wandele sich durch die Auflösung in eine Liquidations-oHG. um und sei trotzdem dieselbe. Denn dies ist praktisch eine Fiktion.

Der Ansicht Wimpfheimers ist zuzustimmen[94]). Durch die Annahme, die Auflösung des § 131 HGB. bewirke lediglich, daß von nun an die oHG. sich nicht mehr in aufsteigender, sondern in abwärts bewegender Richtung befinde, ist dem Sinne des Liquidationsverfahrens am besten Rechnung getragen. Diese Erklärung läßt sich auch, wie Wimpfheimer treffend darlegt, mit dem Wortlaut der §§ 131, 145 HGB. vereinbaren. Denn „Auflösung" bedeutet nicht lediglich das Ende eines Zustandes. Genau so oft wird damit auch das Hinwirken auf einen Zustand bezw. Endzweck bezeichnet. „Die oHG. löst sich auf", bedeu-

---

91) Wimpfheimer S. 114.

92) Ebenso Bahr S. 25; Früsorge S. 65; Lastig S. 43/44 und Neumann S. 6 wohl ähnlich. Salinger S. 33, 37—39 folgt Wimpfheimer. Zustimmend auch Mache S. 20/24. Er selbst nimmt die Identitätstheorie als richtig an und scheint auch Wimpfheimer dazu zu rechnen.

93) s. insbes. die in den Anm. 87, 88 Genannten.

94) Auch Ritter (Diss. S. 22) billigt die Auffassung Wimpfheimers und sieht in den die Auflösung begründeten Tatsachen nur die Bedeutung einer Zäsur im Leben der nach wie vor gleichen Gesellschaft. Im Ergebnis stimmen Düringer-Hachenburg zu (Vorbem. 1 vor § 131), wonach die Auflösung nur einen neuen Abschnitt im Leben der Gesellschaft eröffnet.

tet also nicht: die oHG. existiert nicht mehr, sondern: die oHG. wird demnächst beendigt sein[95]).

Mit dieser Konstruktion erreicht man eine einfache Erklärung für die oHG. in ihrer Befugnis und Rechtsstellung während des Liquidationsstadiums. Aus den Bestimmungen des HGB. in § 145 ff. ergibt sich die Gleichheit der oHG. vor und nach der Auflösung. Zwar können die Liquidatoren „die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen." Das gilt aber nur dann, wenn nichts Gegenteiliges bestimmt ist, § 150 HGB. Eine Beschränkung des Umfangs in der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber ist ebenso wie beim vertretenden Gesellschafter (§ 126 Abs. 2) unwirksam, § 151 HGB.

Folgt man der letzt vertretenen Ansicht oder auch der Identitätstheorie, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die oHG. während des Liquidationsverfahrens genau so fortbesteht wie vorher[96]). Die Behauptung, die oHG. sei nicht mehr werbend,

---

95) s. auch KG. in DNotz. 1927 S. 666 (vgl. Kaufmann S. 59), das den Begriff „Auflösung" bei der Kapitalgesellschaft folgendermaßen auslegt: „Der Beschluß der Auflösung zieht die Auflösung der Gesellschaft, den Untergang des Rechtssubjekts nicht unmittelbar nach sich. Richtig gesprochen beschließt die Gesellschaft nicht die Auflösung, sondern das Sichauflösen-wollen. Sie gibt kund, daß sie sich fortan nur noch die Abwicklung ihrer vermögensrechtl. Beziehungen, daß sie sich ihre Selbstvernichtung zum Ziel setzt". Ähnlich wohl auch Staub § 131 Anm. 1 bezügl. der oHG.

96) Daraus folgt, daß auch das Konkurrenzverbot des § 112 HGB. nicht weggefallen ist. Im allgemeinen wird jedoch die gegenteilige Ansicht vertreten: das Verbot habe keinen Sinn mehr (s. Düringer-Hachenburg § 145 Anm. 2; § 156 Anm. 6; Koenige § 112; Staub § 156 Anm. 7; ROHG. 21 S. 145). In den meisten Fällen wird eine ordnungsgemäße Abwicklung nur möglich sein, wenn die einzelnen Gesellschafter sich jeder Wettbewerbstätigkeit enthalten (s. auch OLG. Dresden in Seuff. Arch. 67 S. 105 Nr. 61 u. RG. Recht 1908 Beil. 2 S. 582 Nr. 3212). Tun sie dies nicht, so kann es sein, daß die Liquidation zu einem vorzeitigen Abschluß geführt werden muß und dadurch mit Verlust endet. Wohl kann sich aus besonderen Umständen ergeben, daß § 112 HGB. keine Geltung hat. Umgekehrt nehmen Düringer-Hachenburg § 112 Anm. 3 an, daß nur im Ausnahmefall das Wettbewerbsverbot weiterbestehe. Ähnlich Staub § 112 Anm. 6.

sondern nur noch abwickelnd[97]), wird den Tatsachen nicht ganz gerecht. Richtig ist wohl, daß der Endzweck bei der Liquidation das gänzliche Aufhören des Unternehmensbetriebes und die Verteilung des Gesellschaftsvermögens ist. Damit ist aber durchaus vereinbar, daß die oHG. in diesem Stadium auch — über § 149 HGB. hinaus — werbende Geschäfte betreibt. Es wird sich sogar oft als notwendig erweisen. Zudem kann sie jederzeit durch Beschluß zu einer werbenden oHG. werden[98]).

Das Liquidationsstadium als solches ist zwar, wie dargetan, grundsätzlich auf eine Verminderung des Betriebsumfanges gerichtet. Ein gleichmäßig anhaltender Rückgang wird jedoch in den seltensten Fällen vorliegen. Mit der Liquidation soll das Vermögen möglichst vorteilhaft auseinandergesetzt werden. Infolgedessen wird der Betrieb manchmal umfangreicher, manchmal geringer sein. Ja es wird sogar oft im Interesse einer günstigen Liquidierung notwendig sein, für eine gewisse Zeit den Betriebsumfang so zu gestalten, daß er einem solchen während der Zeit der vollwerbenden Gesellschaft nicht nachsteht. Ebensogut aber ist es möglich, daß eine Zeitlang die Liquidierung vollständig ruht. Dies kann eben durch die besondere Lage des Unternehmens und der allgemeinen Wirtschaft geboten sein.

Trotz diesem unregelmäßigen und — vom Endergebnis aus gesehen — ständig sich verringernden Geschäftsbetrieb bleibt die oHG. bestehen. Dies gilt auch dann, wenn der Betrieb nicht mehr den Umfang eines Handelsgeschäftsbetriebes erreicht und es sicher ist, daß er ihn nicht mehr erreichen wird. Dieser Zustand kann Jahre hindurch anhalten. Die oHG. erlischt erst mit der gänzlichen Durchführung der Liquidation[99]).

Zusammenfassend ist festzustellen: Zum Wesen der offenen Handelsgesellschaft gehört Betrieb. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Umfang des Betriebes stets gleich bleiben muß. Wie die Fälle der Entstehung und Liquidation, der Saisonbetriebe

---

97) z. B. Düringer-Hachenburg Vorbem. 2 vor § 131.

98) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einleitg. Anm. 183, Vorbem. 3 vor § 131; Staub § 131 Anm. 2; Wieland § 81 II; Ritter (Diss.) S. 52; Salinger S. 45. RGZ. 106 S. 64; 118 S. 339; a.A.: Wimpfheimer S. 120, 129, 132.

99) s. Düringer-Hachenburg Vorbem. V vor § 145.

usw. beweisen, kann die oHG. eine Zeitlang bestehen mit nur geringem oder gar ohne jeden Geschäftsbetrieb. Bei der Entstehung der oHG. muß allerdings für die Wirksamkeit nach außen Betrieb in irgendeiner Form zum Gesellschaftsvertrag hinzukommen. Ist die oHG. jedoch einmal nach außen hin wirksam geworden, so ist ihr Bestand nicht ohne weiteres von einem Betreiben abhängig. Oder anders ausgedrückt: Die Voraussetzungen für das Weiterbestehen sind nicht dieselben wie für das Entstehen[100]). Die oHG. bleibt erhalten, auch wenn nur geringer oder gar kein Betrieb mehr vorhanden ist. Und das Unternehmen besteht trotz Aufhören des Gewerbebetriebes weiter[101]). Erforderlich ist nur, daß die oHG. den auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichteten Zweck nicht aufgibt.

Verpachtet die oHG. ihr Unternehmen, so wird der eigentliche Geschäftsbetrieb nicht mehr von ihr ausgeübt. Jedoch ist ihre Tätigkeit nicht ganz erschöpft. Sie muß die Pachtgelder einziehen und verteilen, meist auch für die Erhaltung des Anlagevermögens sorgen. Vielleicht ist sie gezwungen, ihre Rechte gegenüber der Pächterin oder gegenüber Dritten wahrzunehmen. Das kann sie insbesondere zur gerichtlichen Geltendmachung nötigen. Vor allem muß sie aber der Pächterin den Betrieb des Unternehmens ermöglichen. Diese Gewährung des Pachtobjektes ist Dauerhandlung der Verpächterin. Sie duldet, daß die Pächterin das Unternehmen betreibt, gegebenenfalls die Firma benutzt. Für die Pachtzeit will sie nicht in die ursprünglich ihr selbst zustehenden Rechte eingreifen. Sie begibt sich dieses Rechts in fortlaufender Folge, wennschon die Gewährung des Pachtobjekts durch den Akt der Verpachtung als eine einmalige einheitliche Handlung erscheint. Diese Duldung ist ein Restbestandteil des ursprünglichen Selbstbetriebs. Sie ist ein vermindertes Handeln innerhalb des Handelsgewerbes.

---

100) So auch Gerlach S. 30/31.

101) s. v. Buttlar S. 49; Frangenheim S. 19; Noack S. 36; Prater S. 13/14; Rive S. 24; Wissmann S. 1. A.A.: Strate S. 16.

3. Kapitel: Ansichten des Schrifttums über die Wirkung einer Verpachtung.

§ 7.

Die Verpachtung hat Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zur Folge.

Pisko, Isay u. a. vertreten die Ansicht, die Verpachtung des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft bewirke deren Auflösung. Denn die Existenz einer oHG. setze den Betrieb eines Handelsgewerbes voraus. Ein Verpächter gebe aber durch die Verpachtung des Betriebes das Handelsgewerbe auf[102]).

Demgegenüber ist bereits dargelegt worden, daß die oHG. den Betrieb weder endgültig noch auch vorübergehend gänzlich aufgibt[103]). Dieser ist immer noch, wenn auch vermindert, vorhanden. Die Vertreter dieser Ansicht gehen von irrigen Voraussetzungen aus. Infolgedessen führt auch die von ihnen für alle Verpachtungsfälle allgemein gezogene Folgerung zu einem unrichtigen Schluß. Die Verpachtung des Unternehmens einer oHG. führt nicht ohne weiteres zu deren Auflösung. Sonstige Gründe, die zur Auflösung führen könnten, bestehen nicht.

§ 131 HGB. zählt die Fälle auf, in denen eine oHG. aufgelöst wird. Die Verpachtung des Unternehmens ist nicht genannt, ebensowenig auch das Aufgeben des Betriebes. Eine ausdrückliche Regelung ist also im HGB. nicht erfolgt. Dagegen könnte eine entsprechende Bestimmung in anderen Gesetzen enthalten sein.

In Betracht käme lediglich das „Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934"[104]). Dieses Gesetz bezieht sich aber nur auf Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesell-

---

102) Pisko i. Ehrenbergs Hdb. II 1 § 29, Anm. 11 S. 234; s. auch Ders. i.: Das Unternehmen S. 112. Ebenso Isay S. 70; v. Kramer S. 43; Schmidt; anscheinend auch Hamel S. 54 Anm. 99; nicht klar, aber wohl ebenso Aschenberg S. 70.

103) Vgl. auch Urteil des RFH. in StuW. 1932 Bd. II Nr. 638, wonach die Verpachtung eines Betriebes im ganzen in der Regel nicht die Aufgabe eines Betriebes i. S. von § 30 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes bedeutet.

104) RGBl. 1934 I S. 914.

schaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften. Eine analoge Anwendung ist ausgeschlossen. Hätte der Gesetzgeber die Personalgesellschaften mit darunter fassen wollen, so hätte er dies sicherlich ausdrücklich gesagt. Zudem wäre das Gesetz auch deshalb nicht anwendbar, weil es sich nur auf vermögenslose Gesellschaften bezieht. Die oHG. kann aber nicht als vermögenslos bezeichnet werden.

Natürlich könnten die Gesellschafter beschließen, daß gleichzeitig mit der Verpachtung die Gesellschaft aufgelöst werden solle (§ 131 Nr. 2 HGB.). Keineswegs handelt es sich aber um eine automatische Folge[105]). Der Zweck der Verpachtung ist nicht nur die Erhaltung des Unternehmens für die Mitglieder der oHG. Auch die oHG. soll bestehen bleiben. Denn das Unternehmen wird nicht für immer, sondern auf Zeit überlassen. Ist die Pachtzeit abgelaufen, so will die oHG. das Unternehmen wieder selbst betreiben. Sie muß sich deshalb die Möglichkeit hierzu erhalten. Das erfordert die Beibehaltung sowohl der inneren als auch der äußeren Organisation. Der Umfang ist im einzelnen verschieden. Die sich an die Auflösung anschließende Liquidation würde sie jedenfalls vernichten. Bei Ablauf der Pacht wären die Gesellschafter gezwungen, eine neue oHG. zu gründen mit neuer Organisation. Die oHG. wird deshalb selten ihre Auflösung beschließen.

Horrwitz[106]) vertritt die Ansicht, daß eine Kapitalgesellschaft (AG.), die ihr Unternehmen auf lange Zeit gegen feste Rente verpachtet, damit tatsächlich das Unternehmen veräußere[107]). Zwar hat Horrwitz seine Folgerung nur für die AG. gezogen. Doch wäre es nicht ausgeschlossen, daß sie auch auf Personalgesellschaften Anwendung finden könnte. Denn nach Ansicht von Isay — der im übrigen Auflösung durch die Verpachtung

---

105) So z. B. Isay S. 70; v. Kramer S. 43; Pisko in Ehrenbergs Hdb. II 1 § 29 Anm. 11 S. 234 und Derselbe i.: Das Unternehmen S. 112; Schmidt. Sie begründen es mit dem Hinweis, daß für das Bestehen einer oHG. Betrieb erforderlich sei.

106) Horrwitz S. 406; ebenso Lehmann-Ring § 275 Anm. 3, wohl auch v. Buttlar S. 37 und ähnlich Sachs i. ZHR. 29, 43.

107) Anlaß dazu bot ihm der s. Zt. bekannt gewordene Fall des rumänischen Eisenbahnprozesses. (Eine AG. hatte ihr ganzes Bahnunternehmen an den rumänischen Staat auf lange Zeit verpachtet und sich jeden Einflusses auf ihre eigene Verwaltung zugunsten des rumänischen Staates begeben.) Siehe RGZ. 3, 123 ff.

annimmt[108]) — „lösen sich die scheinbar so vielgestaltigen Rechtsgeschäfte, welche sich auf das Unternehmen beziehen, in letzter Linie sämtlich in Veräußerung auf"[109]).

Diese Auffassung geht zu weit. Würde man ihr folgen, so bedeutete dies, daß jede Verpachtung eine Veräußerung wäre. Allerdings ist die Bezeichnung des Vertrages als Pacht nicht maßgebend[110]). Vielmehr kommt es auf den Willen der Vertragschließenden und die tatsächliche Gestaltung an. Fehlt der Wille zur Eigentumsübertragung, so kann von Veräußerung keine Rede sein. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß vielleicht Mobilien oder auch Immobilien zu Eigentum übertragen werden. Der Wille, einzelne Gegenstände zu übereignen, schließt den Willen zur Unternehmensübertragung nicht ohne weiteres in sich. Der Übertragungswille wird regelmäßig fehlen, wenn die oHG. das Unternehmen später wieder selbst betreiben will. Allerdings wäre es möglich, daß der Vertrag als Verkauf mit Rückkaufsrecht ausgestaltet würde.

Ist der Übertragungswille vorhanden und das Entgelt bestimmt oder bestimmbar, so ist der sog. Pachtvertrag ein Kauf. Der „Pächter" erwirbt dann das Unternehmen zu Eigentum. Ist dagegen der Kaufpreis nicht bestimmt oder bestimmbar, so liegt auch kein Kauf vor. Das gilt z. B., wenn der Pachtvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wird und die Vertragsparteien die Kündigung ausgeschlossen haben, oder das Vertragsverhältnis nach Ablauf einer bestimmten Zeit sich lt. Abmachung stets selbst erneuert. Ist die Verpachtung für die Dauer des Bestehens der Pächterin oder Verpächterin geschlossen und im Gesellschaftsvertrag erklärt, die Dauer der Gesellschaft sei nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so mangelt es auch an der erforderlichen Bestimmbarkeit des Kaufentgeltes. Trotz vorhandenem Übertragungswillen findet der Übergang des Eigentums nicht statt.

Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß mit den Pachtgeldzahlungen den Gesellschaftern der Verpächterin eine Leibrente gewährt werden sollte, deren Dauer durch die Lebenszeit der Gesellschafter bedingt wäre (§ 759 BGB.). Die oHG. selbst kann nicht Empfängerin, sondern nur berechtigt sein, Zahlungen an die Gesellschaft zu verlangen. In diesen Fällen wäre eine Unternehmensübertragung möglich.

108) Isay S. 70.
109) Isay S. 143.
110) s. auch Staudinger Vorbem. III 4 vor § 433. RGZ. 26, 218.

Ist der Pächterin ein Optionsrecht auf das Unternehmen eingeräumt, so liegt darin lediglich die einseitige Verpflichtung für die Verpächterin, der Pächterin auf Verlangen das Eigentum an dem Unternehmen zu übertragen[111]). Ob die Pächterin von diesem Recht Gebrauch machen wird, steht dahin. Auch hier würde es — falls die anderen Voraussetzungen für die Veräußerung als vorliegend zu erachten wären — vielfach an der notwendigen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Kaufpreises fehlen. Daran könnte auch eine mögliche Verpflichtung der Pächterin zur Übernahme nichts ändern. Eine Festsetzung des Übernahmepreises führt zu keinem anderen Ergebnis, obwohl damit die Unsicherheit der Kaufpreishöhe weggefallen ist. Denn falls die Pächterin ihrer Verpflichtung nicht nachkäme, entstünden wohl Schadensersatzansprüche; eine Übertragung hätte aber nicht stattgefunden. Doch ist immerhin denkbar, daß die Voraussetzungen für einen aufschiebend bedingten Kauf gegeben sind.

Wäre vereinbart, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt solle das Vertragsverhältnis Pacht sein, dann aber das Eigentum an dem Unternehmen auf die Pächterin übergehen, so kann es sich unter Umständen um eine sofortige unbedingte Veräußerung handeln trotz entgegenstehender Bezeichnung als Pacht. Im allgemeinen haben die Vertragsparteien kein besonderes Interesse an einer solchen Vereinbarung. Es fehlt infolgedessen an dem nötigen Übertragungs- bzw. Erwerbswillen. Eine Veräußerung liegt dann nicht vor.

Ist die Verpachtung ausnahmsweise eine Veräußerung des Unternehmens, so bedeutet auch dies nicht automatisch das Ende oder die Auflösung der oHG.[112]). Denn die oHG. kann beabsichtigen, beispielsweise ein neues Unternehmen zu errichten oder ein anderes zu erwerben. Dann wäre es sinnlos, die Organisation der oHG. zu zerstören, um doch wieder eine neue zu schaffen. Es würden lediglich unnötige Unkosten entstehen.

---

111) Starke S. 54 nimmt irrigerweise an, in der Einräumung des Optionsrechts komme der Wille der Verpächterin zum Ausdruck, den Betrieb des Unternehmens nicht mehr selbst übernehmen zu wollen.

112) s. auch Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 3, § 131 Anm. 3; RG. JW. 1906, 478 Nr. 41. A.A.:Groschuff i. JW. 1935, 3265. Nach ihm wird die oHG. durch den Veräußerungsakt ohne weiteres zur Gesellschaft des BGB.

Bei einer Veräußerung des Unternehmens ist deshalb sorgfältig zu prüfen, ob in dem ganzen Verhalten der Gesellschafter die stillschweigende Auflösung der oHG. zu erblicken ist.

Eine weitere Frage ist, ob die Auflösungsgründe der oHG. in § 131 HGB. abschließend aufgezählt sind.

Der überwiegende Teil der Rechtslehre ist der Ansicht, § 131 HGB. sei erschöpfend[113]). Das folge aus der besonderen Stellung, welche die oHG. im Handelsleben und in der Ausgestaltung durch das Gesetz inne habe. Auch in der Denkschrift zum HGB. sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es im Einzelfall schwierig sei, festzustellen, ob die Endigungsgründe des § 726 BGB. — die nach § 105 Abs. 2 HGB. ergänzend eingreifen sollen[114]) — tatsächlich gegeben seien oder nicht. Deshalb habe die Kommission einen Antrag auf Versetzung dieser Vorschrift unter die bestimmt aufgeführten Auflösungsgründe des § 131 HGB. abgelehnt[115]). Im übrigen ergebe sich die Richtigkeit ihrer Ansicht aus dem Wortlaut des § 131 HGB., der damit zum Ausdruck bringen wolle, daß die Regelung abschließend sei[116]).

Düringer-Hachenburg[117]) führen dagegen aus, der Wortlaut des § 131 HGB. sei keinesalls zwingend und stehe der durch § 105 Abs. 2 HGB. grundsätzlich angeordneten Anwendung des § 726 BGB. nicht entgegen. Der in § 726 BGB.[118]) ausgesprochene Grundsatz sei im übrigen der natürliche Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens. Eine Gesellschaft ohne Gesellschaftszweck sei sinnlos. Gründe, die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf die oHG. auszuschließen, bestünden nicht. Die von der Denkschrift geltend gemachte Schwierigkeit der Fest-

---

113) s. Gerlach S. 30; Kaufmann S. 4; Lehmann-Hoeniger S. 261; Mildenberger S. 22/23; Neumann S. 7—9; Ölfke S. 31; Paquin S. 4—6; Reusels S. 122/123; Ritter (Diss.) S. 9; Ritter § 131 Anm. 10 (s. aber auch seine weiteren Ausführungen); Seim S. 5/6; Staub § 131 Anm. 5; Webersberger S. 58; Waldmann i. DGWR 1936, 472.

114) So z. B. Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 11.

115) Staub § 133 Anm. 18; Neumann S. 9; Reusels S. 123; Paquin S. 4—6.

116) Staub § 131 Anm. 5; Mildenberger S. 22; Neumann S. 9.

117) Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 10, 11.

118) § 726 BGB. lautet: „Die Gesellschaft endigt, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist".

stellung sei nicht größer als bei der Gesellschaft des BGB. Die Interessen Dritter seien durch die Notwendigkeit, die Auflösung zum Handelsregister anzumelden, genügend geschützt. Daher müsse § 726 BGB. zur Ergänzung herangezogen werden[119]).

Allerdings hatte das ADHGB. in Art. 125 Nr. 1 es nur als wichtigen Grund angesehen, der den Gesellschafter berechtigte, die Auflösung ohne vorgängige Kündigung zu verlangen, „wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich wird"[120]). Bei der Beratung des neuen HGB. wurden die Auflösungsgründe des § 726 BGB. ebenfalls wegen Schwierigkeit der Abgrenzung nicht übernommen[121]).

Die Materialien eines Gesetzes sind zwar für die Entstehungsgeschichte aufschlußreich. Eine zwingende Auslegung schaffen sie jedoch nicht[122]). Es ist möglich, daß eine gesetzliche Bestimmung in ihrer Auswirkung ganz anders ist, als der Gesetzgeber es sich vorgestellt hat. Maßgebend bei der Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen ist vor allem ihre Stellung innerhalb des Rechtssystems.

Wie bereits dargetan, ist die oHG. eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die mit besonderen Eigenschaften handelsrechtlicher Prägung bekleidet ist[123]). Infolgedessen

---

119) Im Ergebnis wohl wie Düringer-Hachenburg: Höhn S. 4 Anm. 2; Koenige § 131 Anm. 2; v. Kramer S. 43 (anscheinend); Lehmann-Ring § 131 S. 417; Wieland § 59 S. 676.

120) Schon der „Entwurf eines HGB. für die preußischen Staaten" von 1857 hatte diese Bestimmung in Art. 121 aufgenommen. Sie wurde unverändert in den Art. 125 des ADHGB. übernommen. Die Motive zu dem Preuß. Entwurf erklärten (S. 66/67), wegen der Zweifelhaftigkeit, ob eine solche Unmöglichkeit vorliege, sei es vom praktischen Gesichtspunkt aus angemessen, diesen Grund als Endigungsgrund unter Art. 121 zu belassen. Auch von einer Erreichung des Gesellschaftszweckes könne im allgemeinen nicht die Rede sein. Nach den Protokollen (herausgegeb. v. Lutz, 1858) S. 235/36 wurde der Antrag auf Versetzung dieser Bestimmung unter die Auflösungsgründe des Art. 118 des Entw. (= Art. 123 ADHGB.) mit den Gründen der Motive abgelehnt.

121) Denkschr. 1897 S. 47; Ber. d. Kommiss. S. 234 (322).

122) s. auch Wimpfheimer S. 101.

123) So auch KG. in JW. 1935, 1792. Dieses erklärt, die oHG. unterscheide sich nur hinsichtlich des ihrem Zwecke angepaßten Maßes der vermögensrechtlichen Verselbständigung von

kommen, soweit dies möglich und durch das HGB. nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, die Bestimmungen des BGB. ergänzend in Betracht. Von einer Ausschließlichkeit der Auflösungsgründe des § 131 HGB. ist aber weder aus dem Wortlaut noch aus der systematischen Stellung etwas zu ersehen. Danach steht einer Heranziehung der Auflösungsgründe des § 726 BGB. auch für die oHG. als Ergänzung des § 131 HGB. nichts im Wege.

Ist nun die Verpachtung ein Endigungs- bzw. Auflösungsgrund i. S. des § 726 BGB.[124])?

Erreichung des Zweckes liegt dann vor, wenn die oHG. z. B. zur Ausnutzung eines Patentes gegründet worden ist und das Patent endigt; oder wenn die oHG. zur Liquidation eines Handelsgeschäftes oder zum Erwerb und zur Verwaltung einer Konkurs- oder Vergleichsmasse errichtet worden war und die entsprechenden Maßnahmen durchgeführt sind.

Dieser Grund tritt jedoch im allgemeinen in seiner Bedeutung hinter den anderen Grund zurück[125]), der die Auflösung eintreten läßt, wenn die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist[126]). Wird durch die Verpachtung der Betrieb des Handelsgewerbes für die oHG. endgültig unmöglich, so liegt ein Auflösungsgrund vor. Eine nur zeitweilige Behinderung ist ohne Bedeutung.

In der Bezeichnung „Verpachtung" liegt jedoch bereits der Begriff des Vorübergehenden. Die Verpachtung ist eine Über-

---

der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und sei als eine „Unterart" oder „Abart" derselben zu bezeichnen. Siehe auch Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2, 13; Staub § 105 Anm. 8; Frels S. 1; Höhn S. 2; Schulte S. 8; Sengenwald S. 5—6.

124) Beendigung i. S. des § 726 BGB. bedeutet wohl soviel wie die „Auflösung" des § 131 HGB. Denn auch die Gesellschaft des BGB. gilt als fortbestehend (§ 730 Abs. 2 BGB.). Im übrigen wird die Bezeichnung „Auflösung" in den Bestimmungen, welche dem § 726 BGB. folgen, offensichtlich in dem in § 726 BGB. verwendeten Sinne gebraucht.

125) Ebenso Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 11; Koenige § 131 Anm. 12; Ritter § 131 Anm. 10.

126) Nach der h. L. bedeutet die Unmöglichkeit, den Gesellschaftszweck zu ereichen, lediglich einen Grund, die Auflösungsklage nach § 133 Abs. 1 HGB. zu erheben. Siehe Staub § 133 Anm. 18; Haack S. 43—44; Hergenhahn-Tuchatsch S. 243.

lassung auf Zeit, also begrenzt. Nach Ablauf der Pachtzeit hat die Pächterin das Unternehmen zurückzugeben oder gegebenenfalls das Optionsrecht auszuüben. In jedem Falle findet der bisherige Zustand sein Ende.

Während des Pachtverhältnisses bleibt die innere und äußere Organisation der oHG. bestehen. Es mag zwar sein, daß sie in ihrem Umfang zusammenschrumpft. Ganz verschwinden können wird sie in der Regel nicht. Die oHG. ist infolgedessen in der Lage, nach Beendigung des Pachtverhältnisses das Unternehmen wieder selbst zu betreiben. Die vorübergehende Behinderung des vollen Betriebes während der Verpachtung steht dem Fortbestand der oHG. als solcher nicht entgegen[127]). Die Erreichung des Zweckes bleibt weiterhin möglich. Die Verpachtung bewirkt daher nicht die Auflösung der oHG. nach § 726 BGB.

Allerdings kann der Pachtvertrag so ausgestaltet sein, daß die Erreichung des oHG.-Zweckes unmöglich wird. Das ist u. a. dann der Fall, wenn die Aufnahme des Betriebes nach Pachtbeendigung infolge Zerstörung der Organisation oder wegen mangelnder Vorsorge für den Rückerwerb des nötigen Betriebsvermögens nicht möglich ist. Damit ist der Auflösungsgrund des § 726 BGB. gegeben.

Im Gegensatz zu § 131 Nr. 2 HGB. (Beschluß der Gesellschafter), wo es sich um ein subjektives Geschehen handelt, stellt § 726 BGB. auf ein objektives Merkmal ab. Die Beweisschwierigkeit ist für die Annahme eines stillschweigenden Beschlusses größer als für die Feststellung, daß der Zweck unerreichbar sei.

§ 8.

Die offene Handelsgesellschaft wird durch die Verpachtung zur Gesellschaft des BGB.

Düringer-Hachenburg[128]) erklären, infolge der Verpachtung fehle der Betrieb eines Handelsgewerbes durch die Gesellschaft.

127) Auch die dauernde Aufgabe des eigenen Betriebes läßt die oHG. fortbestehen, wenn die Verpachtungstätigkeit als solche den Voraussetzungen des § 2 HGB. entspricht. Denn in diesem Falle liegt ja auch ein Betreiben vor, allerdings nicht ein solches der ursprünglichen Art.

128) Düringer-Hachenburg Vorbem. V vor § 131.

Denn für den Begriff des Betriebes sei die gewerbliche Tätigkeit im eigenen Namen wesentliches Erfordernis[129]). Eine solche liege infolge der Verpachtung nicht mehr vor. Das führe aber nicht zur Auflösung der oHG. Die oHG. büße nur ihren Charakter als solche ein und bestehe als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fort. Sie werde also nicht zur bloßen Abwicklungsgesellschaft, sondern scheide nur endgültig aus dem Kreise der oHG. aus. Für eine Auseinandersetzung sei kein Raum, und ins Handelsregister sei das Erlöschen der Firma einzutragen, nicht die Auflösung. Es widerspreche durchaus den tatsächlichen Verhältnissen, wenn man den Vorgang in eine Auflösung der alten oHG., Gründung einer neuen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf diese zwecks Abwicklung der oHG. zerlegen wolle[130]).

Während Düringer-Hachenburg dieses sozusagen automatische Weiterbestehen als Gesellschaft des BGB. annehmen, tritt nach Mummy[131]) eine „Verwandlung" und nach Levysohn[132]) sowie Starke[133]) eine „Umwandlung" in eine Gesellschaft des BGB. ein.

Es ist bereits oben dargelegt, daß eine oHG. zwar grundsätzsätzlich ein Handelsgewerbe betreiben muß, daß sie aber auch eine Zeitlang ohne eigenen Betrieb bestehen kann. Darüber hinaus ist festgestellt, daß die Pachtgewährung als vermindertes Betreiben, als Fortwirken der eigentlichen handelsgewerblichen Tätigkeit[134]) anzusehen ist. Infolgedessen kann ebensowenig allgemein von einer Umwandlung der oHG. in eine Gesellschaft des BGB. oder Absinken zu einer solchen als Folge der Verpachtung gesprochen werden wie von einer Auflösung der oHG.

Das Gesetz hat keine ausdrückliche Bestimmung über die Verpachtungswirkung getroffen. Wenn daher die von Düringer-Hachenburg und den anderen behauptete Wirkung eintreten sollte,

---

129) Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 6.

130) Ebenso Noack (S. 49). der erklärt, infolgedessen sei eine Übertragung des Vermögens nicht erforderlich. Vehmeyer (S. 43) weist darauf hin, daß durch dieses Ergebnis eine Auflösung und Liquidation vermieden werde.

131) Mummy S. 38.

132) Levysohn S. 32

133) Starke S. 54.

134) Ähnlich Hoeniger i. Festschr. S. 13: „Man kann sie vielleicht auch Nachwirkungen des Handelsbetriebes nennen ...".

müßte sich dies aus einer Willensbetätigung oder einem allgemeinen Rechtsgedanken ergeben.

Die von Starke vertretene Ansicht, die Verpachtung des oHG.-Unternehmens erfolge auf Beschluß der Gesellschafter, weshalb die Verpachtung als Beschluß der Umwandlung zu deuten sei[135]), wird dem tatsächlichen Geschehen nicht gerecht. Denn im allgemeinen erfolgt die Verpachtung gar nicht auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter, sondern infolge der Entschließung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters. Grundsätzlich ist jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist (§ 125 HGB.). Besteht die oHG. aus mehr als zwei Gesellschaftern, so wird von diesem Ausschließungsrecht häufig Gebrauch gemacht; bei größeren Gesellschaften läßt es sich praktisch gar nicht umgehen. Die übrigen, nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter werden durch die Handlungen bezw. Geschäfte des vertretungsberechtigten Gesellschafters mitverpflichtet. Voraussetzung ist jedoch, daß der Rahmen der Vertretungsmacht nicht überschritten wird.

Liegt nun die Verpachtung des Unternehmens innerhalb dieses Rahmens?

Nach § 126 HGB. erstreckt sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter „auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura." Der Wortlaut läßt mit Sicherheit nicht erkennen, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Befugnis hat, das Unternehmen zu verpachten. Jedoch ergibt sich aus der Fassung, daß die Vollmacht weitgehend ist und daß auch ungewöhnliche Geschäfte darunter fallen[136]). Nach der Ansicht von Düringer-Hachenburg[137]) sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter sogar befugt, das Geschäft der oHG. im ganzen zu veräußern. Erkennt man dieses Recht an — man muß es zweifellos anerkennen, wenn die Veräußerung wirtschaftlich notwendig ist —, so muß man das Recht zur Ver-

135) Starke S. 54.

136) Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 2; Koenige § 126 Anm. 1.

137) Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 3. Ebenso Koenige § 126 Anm. 1; Lehmann-Ring § 126 Nr. 7; Staub § 126 Anm. 2; Wieland I S. 591. A.A. Glünicke i. ZHR. 36, 353.

pachtung als eine weniger einschneidende Maßnahme sicher zubilligen. Während durch die Veräußerung das Unternehmen den Gesellschaftern gänzlich entzogen wird, geschieht dies bei der Verpachtung nur auf Zeit. Die Verpachtung muß deshalb als im Rahmen der Vertretungsmacht des Gesellschafters liegend angesehen werden[138]).

Die Gültigkeit wird nicht durch eine etwaige Mitübertragung des Firmenrechts in Frage gestellt. Düringer-Hachenburg[139]) wollen im Falle der Veräußerung eines Unternehmens durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter allein eine Mitübertragung der Firma nicht zulassen. Denn dies sei ein Aufgeben der Firma und deshalb eine unmittelbare Änderung des Gesellschaftsvertrages[140]). Bei der Verpachtung wird jedoch die Firma nicht endgültig aufgegeben[141]). Sie ist nur ein zeitlich beschränkter Verzicht auf den eigenen Gebrauch. Nach Ablauf der Pachtzeit soll das Benutzungsrecht der Pächterin erloschen sein, die Verpächterin will dann die Firma wieder selbst führen. Dagegen kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter allein keine neue Firma für die oHG. mit Rechtswirksamkeit nach außen wählen. Denn dies würde eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeuten.

Verpachtet der vertretungsberechtigte Gesellschafter allein, so kann von einem Beschluß keine Rede sein. Dann kann aber auch kein Umwandlungsbeschluß vorliegen, es sei denn, daß der Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern zu einer beschlußweisen Verpachtung ermächtigt worden ist.

Liegt tatsächlich ein Beschluß der Gesellschafter vor, das Unternehmen zu verpachten, so wird doch in der Regel eine Umwandlung in eine Gesellschaft des BGB. nicht beschlossen sein. Denn im Sinne der Verpachtung liegt die Erhaltung und nicht die Zerstörung der oHG. Geht aus der ganzen Art der Verpachtung hervor, daß die Verpächterin nach Ablauf der Pachtzeit den Betrieb des Unternehmens nicht wieder übernehmen will,

---

138) s. auch Friedländer S. 189; Mummy S. 30/31; Vehmeyer S. 19.

139) Düringer-Hachenburg § 126 Anm. 3. Ebenso Koenige § 126 Anm. 1; Staub § 126 Anm. 2.

140) Ebenso Friedländer S. 189, 200.

141) A.A. wohl Mummy (S. 31). Er beruft sich m. E. zu Unrecht auf Düringer-Hachenburg (§ 126 Anm. 3). Düringer-Hachenburg sprechen nur von einer Veräußerung. Hier handelt es sich jedoch um Verpachtung.

so wird trotzdem kein Umwandlungsbeschluß vorliegen, weil die Gesellschafter die Rechtsgemeinschaft während der Pachtzeit aufrechterhalten wollen. Ausgeschlossen jedoch ist ein entsprechender Beschluß nicht.

Nach Düringer-Hachenburg dagegen ist der Verlust der handelsgewerblichen Eigenschaft der oHG. nicht die Folge eines Beschlusses der Gesellschafter, sondern lediglich der Tatsache der Verpachtung[142]). Der Verlust tritt also ohne, ja selbst gegen den Willen der Gesellschafter ein[143]). Diese Ansicht hat gegenüber der Meinung von Starke den Vorzug, daß sie das objektive Merkmal der Verpachtung entscheiden läßt. Allerdings wird nach der Ansicht von Düringer-Hachenburg jede oHG. zur Gesellschaft des BGB., die ihr Unternehmen verpachtet. Daß der von ihnen angeführte Grund des mangelnden Betriebes nicht durchschlägt, ist bereits ausgeführt[144]). Wohl aber ist es möglich, daß die oHG. ihren Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, aufgegeben hat. Erfolgt dies mit — auch nachträglicher — Zustimmung aller Gesellschafter, so ist die oHG. zur Gesellschaft des BGB. geworden[145]). Das ist stets anzunehmen, wenn die

---

142) So ist wohl auch trotz anderer Bezeichnung die „Verwandlung" bei Mummy S. 38 und die „Umwandlung" bei Levysohn S. 32 zu verstehen.

143) Anscheinend neuerdings auch KG. i. DNotZ. 1936 Ausg. B. S. 956.

144) Waldmann in DGWR. 1936, 471 sagt: „Eine ohne oder gegen den Willen der Gesellschafter eintretende Umformung der offenen Handelsgesellschaft in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist rechtlich ein so außergewöhnlicher Vorgang, daß er entweder vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassen oder doch sich ganz ungezwungen aus der Sachlage ergeben muß, wenn er unbedenklich sein soll; keine dieser beiden Voraussetzungen trifft zu".

145) Vgl. auch KG. i. JW. 1935 S. 1793, daß die Möglichkeit des Übergangs der Gesellschaftsformen durch einfachen Beschluß zuläßt: „Wie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ohne Änderung ihres Grundwesens und ihrer Vermögensträgerschaft dadurch in eine oHG. verwandelt werden kann, daß ihr statt des bisherigen Zweckes durch Vertrag der Gesellschafter der Betrieb eines Handelsgewerbes als Zweck bestimmt wird, so muß das Gleiche auch für den umgekehrten Fall gelten, daß eine oHG. durch Aufgabe des Handelsgewerbebetriebes und

Verpachtung als Dauereinrichtung gedacht ist, da sich dies mit dem Wesen der oHG. nicht vereinbaren läßt; die Gesellschaft hat infolgedessen ihren Charakter als oHG. verloren, es sei denn, daß die Verwaltungstätigkeit den Voraussetzungen des § 2 HGB. entspricht. Im allgemeinen wird jedoch die oHG. den Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, nicht aufgeben.

§ 9.

Die offene Handelsgesellschaft bleibt trotz Verpachtung bestehen.

Zwar ist der herrschenden Lehre darin zuzustimmen, daß zum Wesen der oHG. Betrieb gehört. Doch ist die Folgerung, wonach die oHG. durch die Verpachtung aufgelöst werde oder aufhöre, oHG. zu sein, nicht richtig. Denn in Wirklichkeit gibt die oHG. durch die Verpachtung gar nicht den Betrieb auf[146]). Vielmehr ist, wie oben dargelegt, die Pachtgewährung und die Wahrnehmung der Verpächterrechte sowie die während der Verpachtung erforderliche Verwaltungsarbeit ein Betreiben, allerdings vielfach in verkleinertem Umfange. Da eine einmal entstandene oHG. weiterbesteht, auch wenn vorübergehend der Betrieb nur mehr den Umfang eines Kleingewerbes hat oder gar ganz aufhört, hat die mit der Verpachtung im allgemeinen verbundene Betriebsverringerung nicht die von der herrschenden Lehre angenommene Folge.

Gewichtige Gründe, insbesondere wirtschaftlicher Art, lassen die Möglichkeit eines Weiterbestehens der offenen Handelsgesellschaft auch während der Verpachtung ihres Unternehmens erwünscht erscheinen. Eine solche, der herrschenden Lehre entgegenstehende Ansicht wird vertreten von Hoeniger[147]), Waldmann[148]) und Gerlach[149]).

Hoeniger[150]) nimmt an, das Firmenrecht und die Kaufmannseigenschaft der oHG. seien während der Pachtzeit ruhend oder

---

Einführung einer anderen Zwecksbestimmung in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umgewandelt wird".

146) s. auch RFH. i. StuW. 1932 Bd. II Nr. 638.

147) Hoeniger i. Festschr. S. 14.

148) Waldmann i. DGWR. 1936, 472.

149) Gerlach S. 30/31.

150) Hoeniger S. 12.

latent vorhanden[151]). Deshalb erscheine es richtig, auch die oHG. während dieser Zeit als ruhend oder latent weiterbestehend anzusehen. Berechtigt sei dies insbesondere, weil der größte Teil der Vorschriften des HGB., namentlich die über das Verhältnis der Gesellschafter untereinander auf die Verpachtungsgesellschaft anwendbar bleibe. Um die ruhende und latente Kaufmannseigenschaft der oHG. in eine offene umzuwandeln, und weil die Durchführung des Pachtverhältnisses unter Umständen eine nach kaufmännischer Art geführte Verwaltungstätigkeit erfordere, sei eine Neueintragung auf Grund des § 2 HGB. vorzunehmen[152]).

In Übereinstimmung mit Hoeniger nimmt Waldmann ein Ruhen der Kaufmannseigenschaft und des Firmenrechts während der Pachtzeit an[153]) an. Doch fordert er für die verpachtende oHG. die gleiche Behandlung wie für die verpachtende Kapitalgesellschaft[154]). Denn aus der Tatsache, daß der Gewerbebetrieb nur vorübergehend ruhe und noch Rechte sowie Vermögen vorhanden seien, ergebe sich das Weiterbestehen der oHG. Jedenfalls könne die oHG. als solche nicht untergehen ohne den Willen sämtlicher Gesellschafter. Dieser Wille müsse zudem unzweideutig zum Ausdruck kommen.

Dagegen besteht nach der Ansicht von Gerlach die oHG. während der Verpachtung rechtlich unvermindert fort. Denn § 131 HGB. regele die Auflösungsgründe erschöpfend, und die in § 156 HGB. für die Liquidations-oHG. geschaffene Vorschrift des Fortbestehens, solange noch Vermögen vorhanden sei, müsse auf die verpachtende oHG. entsprechend angewandt werden[155]). Einmal entstanden sei die oHG. Formkaufmann und gehe dieser Eigenschaft durch zeitweilige Betriebsaufgabe nicht verlustig, solange sie im Handelsregister eingetragen sei. Gerlach weist dann auch auf die von Hoeniger erwähnte Eintragung der oHG. gemäß § 2 HGB. hin.

Mit Recht betont Hoeniger, daß das zwischen den Gesellschaftern bestehende Gesellschaftsband während der Verpach-

151). Der Begriff wird u. a. abgelehnt von Noack S. 46/47 u. Levysohn S. 30—32.
152) Hoeniger S. 19.
153) Waldmann S. 470.
154) Waldmann S. 472.
155) Gerlach (S. 30) nimmt eine Entscheidung des OLG. Karlsruhe i. JW. 1928, 2645 zum Ausgangspunkt seiner Folgerung.

tung des Unternehmens bestehen bleibt. Zwar hat das Gesetz keine dem § 156 HGB. entsprechende Regelung getroffen. Das hindert aber nicht, den Rechtsgedanken des § 156 HGB., der für die Liquidations-oHG. gilt, auf die Verpachtungs-oHG. anzuwenden[156]), wie Gerlach dies tut[157]). Denn wie die in Liquidation befindliche oHG. die Auseinandersetzung am leichtesten und sichersten abwickeln kann, wenn das Verhältnis der Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu Dritten fortbesteht, so gilt dies in demselben Maße für die Durchführung des Pachtverhältnisses. Insbesondere bedingt auch das Pachtverhältnis Arbeit, die geleistet werden muß: Die Anlagen sind instandzuhalten; der gegebenenfalls nicht mitverpachtete Teil muß verwaltet oder sonstwie verwertet werden; die Pachtgelder müssen verteilt und die Maßnahmen für die Rücknahme des Unternehmens getroffen werden; gegebenenfalls ist Klage gegen die Pächterin oder Dritte wegen Rechtsverletzung notwendig. Um diesen Obliegenheiten nachkommen zu können, bedarf es einer — je nach der Sachlage — größeren oder geringeren Organisation.

Die herrschende Lehre berücksichtigt nicht, daß das Weiterbestehen der oHG. während der Pachtdauer auch im Vergleich zu anderen Erscheinungen im Dasein der oHG. berechtigt ist. So kann die oHG. fortbestehen, wenn der Betrieb in seinem Umfang nur mehr dem eines Kleingewerbes gleichkommt oder gar vollständig ruht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der verringerte Betrieb bzw. das gänzliche Ruhen im Wesen des Betriebes (Saisonbetriebe), staatlichem Eingriff (Devisenbestimmungen), freiwilliger Entschließung (Absicht der Betriebsverringerung, Spekulation) oder der allgemeinen Wirtschaftslage (Konjunktur, Wirtschaftskrise) begründet ist. In all diesen Fällen besteht die oHG. fort. Es ist infolgedessen kein Grund vorhanden, für die verpachtende oHG. die Möglichkeit des Weiterbestehens abzulehnen.

Insbesondere aber muß man der oHG., die ihr Unternehmen verpachtet, die Möglichkeit des Weiterbestehens zuerkennen im Hinblick auf die Liquidations-oHG., die ihr Unternehmen abwickelt, und deren Betrieb daher ständig geringer wird. Denn im

---

156) A.A. KG. i. DNotZ. 1936, 956 Nr. 2.

157) s. Gerlach S. 30 u. OLG. Karlsruhe i. JW. 1928 S. 2645 sowie Bondi i. Anm. dazu.

Falle der Liquidation ist das Endziel die Verwertung des Unternehmens in irgendeiner Form und die Vernichtung des Gesellschaftsverhältnisses. Umgekehrt ist bei der Verpachtung das Ziel die Erhaltung des Unternehmens und der oHG. Wenn daher im Falle der Liquidation die oHG. noch fortbesteht, so ist das Fortbestehen umso eher bei der Verpachtung berechtigt.

Es besteht aber auch die wirtschaftliche Notwendigkeit, das Unternehmen einer oHG. verpachten zu können, ohne daß dadurch die oHG. in ihrem Bestand gefährdet wird. Die oHG. kann gezwungen sein, ihr Unternehmen zu verpachten (persönliche Gründe, Absatzschwierigkeiten, mangelnde Konkurrenzfähigkeit usw.). Würde die oHG. nicht weiterbestehen können, so hätte das zur Folge, daß sie im Handelsregister und Grundbuch gelöscht werden müßte. Das wäre mit großen Unkosten verbunden. Geradezu untragbar wäre es für die Gesellschafter, wenn die Verpachtung aus irgendwelchen Gründen (z. B. Vertragsverletzung der jeweiligen Pächter) mehrfach kurz hintereinander erfolgen müßte[158]). Vor allem jedoch würde die oHG. ihre Firma verlieren, falls sie diese nicht mitverpachtet[159]). Handelt es sich bei der oHG. um eine abgeleitete Firma, so ist der Verlust nicht zu ersetzen.

Ein Interesse der Öffentlichkeit steht dem Weiterbestehen der oHG. nicht entgegen. Die oHG. bleibt im Handelsregister eingetragen. Aus der Eintragung ist zu ersehen, daß die oHG. ihr Unternehmen verpachtet hat. Gefahren entstehen also der Allgemeinheit aus der Eintragung nicht. Auch ist die Tatsache, daß die oHG. durch ihre Eintragung andere Kaufleute von der Eintragung einer gleichen oder ähnlich lautenden Firma ausschließt, kein beachtenswerter Grund. Denn den Firmenwert der verpachtenden oHG. für sich auszunutzen, kann ein Dritter nicht beanspruchen. Und eine größere Übersichtlichkeit des Handelsregisters kann keine Rolle spielen; denn das Handelsregister dient den Bedürfnissen des Handelsverkehrs und nicht umgekehrt.

Die Öffentlichkeit hat sogar ein Interesse daran, daß die oHG. eingetragen bleibt. Denn die Eintragung besagt, daß die Gesellschafter auch weiterhin unbeschränkt haften. Der von Hoeni-

---

158) s. auch Waldmann S. 472.

159) Sie wird sie dann nicht mitverpachten können, wenn die Pächterin selbst eine bekannte Firma führt.

ger[160]) vorgeschlagene Weg, die oHG. auf Grund des § 2 HGB. neu einzutragen, ist zu unsicher und umständlich. Denn es müßte jeweils festgestellt werden, ob die Voraussetzungen des § 2 HGB. tatsächlich vorliegen[161]). Das könnte dazu führen, daß in dem einen Fall die Voraussetzungen strenger geprüft werden als in einem anderen. Die Gesellschafter könnten also niemals mit Sicherheit sagen, ob eine Eintragung erfolgen wird oder nicht. Bleibt die oHG. eingetragen, so entstehen diese Schwierigkeiten nicht.

Im übrigen liegt die Möglichkeit, ohne den Umweg über § 2 HGB. eingetragen zu bleiben, auch im Interesse der oHG. Denn würde stets nur eine Eintragung nach § 2 HGB. erfolgen, so müßte bei jedem Wechsel der Voraussetzungen die oHG. im Handelsregister neu eingetragen bzw. gelöscht werden. Das wäre eine untragbare Belastung für die oHG., da bei diesem ständigen Wechsel das Vertrauen der Öffentlichkeit zu ihr schnell erschüttert wäre.

Man muß daher mit Waldmann[162]) und Gerlach[163]) annehmen, daß die Verpachtung dem Fortbestand der oHG. nicht entgegensteht. Das hat zur Folge, daß die oHG. im Falle der Mitverpachtung der Firma eine neue Firma zu wählen hat, da sie ohne Firma nicht weiterbestehen kann[164]). Es ist der oHG. also insofern nicht freigestellt, ob sie eine neue Firma wählen will oder nicht; sie muß die Eintragung herbeiführen[165]), es sei denn, daß sie nicht oHG. bleiben will. Eine Gleichstellung der verpachtenden oHG. mit der verpachtenden Kapitalgesellschaft, wie dies

160) Hoeniger S. 19.

161) Die Möglichkeit zu einer eventl. Eintragung nach § 2 HGB. wird auch von Starke (S. 54) bejaht.

162) Waldmann S. 472.

163 Gerlach S. 30/31.

164) Trotz der Verpachtung der Firma diese durch die Verpächterin weiterführen zu lassen, ist nicht möglich, auch nicht, wenn beide Teile damit einverstanden sind. Denn die Bestimmung des § 30 HGB. ist in öffentlichem Interesse erlassen und öffentlichrechtlicher Natur, daher der Verfügungsbefugnis der Parteien entzogen; s. auch Staub § 30 Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 30 Anm. 1. JW. 1921, 182; RGZ. 103, 39.

165) So auch Waldmann S. 472. A.A. KG. i. DNotZ. 1936, S. 956 Nr. 2.

von Gerlach[166]) geschieht, ist aber trotz der großen Verselbständigung (§ 124 HGB.) nicht angängig.

Die Eigenschaften der oHG. sind dieselben wie vor der Verpachtung. Die oHG. hat also entgegen der Ansicht von Hoeniger[167]) und Waldmann[168]) die Kaufmannseigenschaft und das Firmenrecht in vollem Umfang behalten[169]). Außerdem steht der oHG. neben dem offenen Firmenrecht an der für die Pachtdauer gewählten Firma noch das Firmenrecht der verpachteten Firma latent zu. So ist auch der Vorschlag Hoenigers[170]), die ruhende und latente Kaufmannseigenschaft der oHG. in eine offene zu verwandeln, zu verstehen.

166) Gerlach S. 30/31.
167) Hoeniger S. 12.
168) Waldmann S. 470.
169) Infolgedessen bleibt sie verpflichtet, Handelsbücher zu führen (§ 38 HGB.). Inventar aufzustellen u. Bilanz zu ziehen (§ 39 HGB.).
170) Hoeniger S. 19.

4. Kapitel: Ergebnis.

Die Verschiedenartigkeit der einzelnen Pachtverträge läßt eine einheitliche Entscheidung über die Wirkung der Verpachtung auf die oHG. nicht zu. Zwar ist grundsätzlich das Weiterbestehen der oHG. trotz Verpachtung ihres Unternehmens möglich. Die Ausgestaltung des Vertrages kann jedoch jeweils ein anderes Ergebnis bedingen. Es sind daher die einzelnen Verträge auf ihre Wirkung zu untersuchen.

§ 10.

Wirkung der verschiedenen Verträge.

Am klarsten wird das Ergebnis, wenn man die Verträge auf das Vorliegen der Voraussetzungen untersucht, unter denen die offene Handelsgesellschaft nicht fortbestehen kann. Durch die Verpachtung wird die oHG. aufgelöst oder zur Gesellschaft des BGB.,

1. wenn die Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend die Auflösung oder Umwandlung in eine Gesellschaft des BGB. beschließen,
2. wenn die Gesellschafter den handelsgewerblichen Zweck aufgeben,
3. wenn die Erreichung des Zweckes unmöglich wird.

Die Gewährung des Unternehmens, die Verwaltungsarbeit während der Pachtzeit usw. sind unabhängig davon, ob Pächter eine Einzelperson oder eine Gesellschaft, eine Personal- oder Kapitalgesellschaft, eigene oder fremde Person bezw. Gesellschaft ist. Auch die Art und Höhe der (gegebenenfalls gegenseitigen) Beteiligung, Kontrolle oder sonstigen Einflußnahme sind für die Frage des Unterganges oder Weiterbestehens ohne Bedeutung. Denn die Leistungen der Verpächterin sind in jedem Falle gleich, ob das Unternehmen nun an eine Einzelperson oder an eine Kapitalgesellschaft verpachtet wird, ob die Verpächterin Einfluß auf die Geschäftsführung der Pächterin hat, beteiligt ist oder nicht.

Die Bezeichnung des Vertrages als Pacht läßt im allgemeinen auf den Willen schließen, nicht nur das Unternehmen für die

Gesellschafter zu erhalten, sondern auch die oHG. als solche. Infolgedessen wird ein ausdrücklicher Beschluß zur Auflösung, Umwandlung oder Aufgabe des Zweckes selten vorliegen.

Große Bedeutung kommt dagegen der Ausgestaltung des Vertrages und dem Verhalten der Gesellschafter zu.

Geht aus den Bestimmungen des Pachtvertrages hervor, daß die Gesellschafter nicht beabsichtigen, das Unternehmen wieder selbst zu betreiben, so liegt darin das Aufgeben des Zweckes. Insbesondere ist das anzunehmen, wenn die oHG. das Unternehmen mit Firma verpachtet und keine neue Firma wählt. Auch in einem späteren Verhalten kann der Wille, das Unternehmen nicht mehr betreiben zu wollen, liegen, namentlich in der Neugründung oder dem Erwerb selbständiger Unternehmen durch die Gesellschafter.

Wollen die Gesellschafter das Unternehmen überhaupt nur mehr durch die Verpachtung nutzen, so ist ebenfalls der Zweck aufgegeben, es sei denn, daß die Verwaltungstätigkeit noch den Voraussetzungen des § 2 HGB. entspricht. Eine solche Absicht, das Unternehmen lediglich durch Verpachtung zu nutzen, liegt namentlich dann vor, wenn die Kündigung auf beiden Seiten oder auch bei einem Vertragsteil ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt in der Regel, wenn der Vertrag auf lange Zeit (z. B. 30 Jahre) abgeschlossen ist mit der Maßgabe, das Pachtverhältnis solle anschließend auf eine weitere bestimmte oder unbestimmte Zeit gelten. Denn daraus ist der Wille zu entnehmen, die Verpachtung zur Dauereinrichtung zu machen. Das gilt ferner, wenn vereinbart ist, im Falle der Kündigung sei eine bestimmte hohe Abfindungssumme zu zahlen. Ist das Unternehmen für die Dauer des Bestehens der pachtenden Kapitalgesellschaft verpachtet und die Dauer der Kapitalgesellschaft nicht beschränkt, so liegt darin die Absicht der Dauerverpachung.

Betreibt die Gesellschaft im Augenblick der Verpachtung kein Handelsgewerbe mehr, so ist sie nicht mehr oHG., kann daher auch nicht als solche fortbestehen. Ferner kann die oHG. nicht weiterbestehen, wenn sie nur einen Teil ihres Unternehmens verpachtet und weder der verpachtete noch der zurückbehaltene Teil mehr den Umfang eines Handelsgewerbes besitzt[171]). Die

171) Erreicht der Betrieb des zurückbehaltenen Teils handelsgewerblichen Umfang, so ist die Frage, ob die Gewährung des verpacheten Unternehmens noch Betrieb ist, bedeutungslos.

Erreichung des Zweckes ist dann unmöglich geworden[172]). Ferner wird die Erreichung des handelsgewerblichen Zweckes unmöglich, wenn die Verpächterin die zum Betrieb erforderliche Organisation vernichtet oder die nichtverpachteten Anlagen verkommen läßt und keine Vorsorge für deren Neuerwerb und den Rückerwerb der zu Eigentum übertragenen Gegenstände trifft. Vielfach wird sich die Unmöglichkeit erst im Laufe der Verpachtung ergeben. Das gilt z. B. dann, wenn notwendige Anlagen vernichtet werden und die Mittel zur Neubeschaffung fehlen, wenn sich die Verhältnisse grundlegend ändern und eine Umstellung der oHG. nicht möglich ist usw. Insbesondere bei einer Veräußerung des ganzen Unternehmens wird durch die Vernichtung der inneren Organisation die Erreichung des Zwekkes unmöglich.

Liegt ein ausdrücklicher oder stillschweigender Beschluß der Gesellschafter auf Auflösung vor, oder ist die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden — dies hat die Auflösung der oHG. zur Folge —, so tritt die oHG. in Liquidation. Da die Liquidation die Beendigung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zueinander bezweckt, wird dieses Ergebnis für die Gesellschafter vielfach unerwünscht sein. Denn wenn sie die Verpachtung aufrechterhalten wollen, muß ein Zusammenschluß der Gesellschafter für die Durchführung des Pachtverhältnisses und die Sicherheit ihrer Belange bestehen bleiben. Sie werden daher vielfach die Liquidation gar nicht betreiben, worin der stillschweigende Beschluß auf Umwandlung der Liquidations-oHG. in eine Gesellschaft des BGB. zu erblicken ist[173]).

Haben die Gesellschafter den Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, aufgegeben, so wird damit die oHG. zur Gesellschaft des BGB. Dasselbe Ergebnis hat ein Beschluß der Gesellschafter, sich in eine Gesellschaft des BGB. umzuwandeln. Nur die Vor-

---

Denn die Gesellschaft behält schon so ihre Eigenschaft als oHG. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschaft sonstwie tätig wird und die Voraussetzungen für ein Handelsgewerbe vorliegen.

172) Verpachtet sie aber das Unternehmen in verschiedenen Teilen, so wird in der Regel die durch die Teilung bedingte Verwaltungstätigkeit so groß sein, daß die Voraussetzungen des § 2 HGB. erfüllt sind, auch dann, wenn keiner der Teile ein selbständiges Unternehmen darstellt.

173) s. auch KG. i. JW. 1935, 1793.

aussetzungen sind verschieden. Während durch Aufgabe des Zweckes die oHG. zur Gesellschaft des BGB. wird, einfach ihren Charakter als oHG. verliert — selbst dann, wenn sie oHG. bleiben will —, muß bei einem Beschluß der Wille der Gesellschafter gerade auf diesen Erfolg gerichtet sein. Ist die oHG. zur Gesellschaft des BGB. geworden, so besteht die Rechtsgemeinschaft zwischen den Gesellschaftern fort. Es finden jedoch nur mehr die Vorschriften des BGB. Anwendung.

Liegen mehrere Gründe, die den Fortbestand der oHG. nicht zulassen, zu gleicher Zeit vor, so kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Gesellschafter an, der sich aus ihren Interessen ergibt, ob die oHG. aufgelöst oder zur Gesellschaft des BGB. geworden ist. So liegen z. B. im Falle der Veräußerung des Unternehmens unter gleichzeitiger Aufgabe der Organisation sowohl Aufgabe des Zweckes als Unmöglichkeit der Erreichung des Zweckes als auch meist stillschweigender Beschluß der Auflösung vor. Ist die Zahlung des Erwerbspreises („Pachtgeldes") nicht sofort fällig, so wird in der Regel eine Gesellschaft des BGB. als fortbestehend gewollt sein. Ist das Verhältnis zur „Pächterin" jedoch mit Zahlung der Pachtentschädigung, die sofort erfolgt, erloschen, so sollen auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern erlöschen. Dann greift die Auflösung durch, die zur Beendigung führt, wenn die Auseinandersetzung erfolgt ist.

Zusammenfassend ist feszustellen: Die Verpachtung des Unternehmens hat im allgemeinen nicht den Untergang der Personalgesellschaft zur Folge. Eine allgemeingültige Feststellung läßt sich jedoch angesichts der Verschiedenartigkeit der Einzelverträge nicht treffen. Ob eine Personalgesellschaft trotz Verpachtung ihres Unternehmens weiterbesteht, ist daher von Fall zu Fall zu untersuchen.

Schluß.

Die Frage, ob und welche Veränderungen die oHG. infolge der Verpachtung ihres Unternehmens in handelsrechtlicher Hinsicht erleidet, ist auch für das Steuerrecht von Bedeutung. In der Einleitung ist ausgeführt, daß namentlich steuerliche Gründe zur Bevorzugung einer besonderen Form geführt haben, die unter dem Namen „Brockhues-Gesellschaft" bekannt geworden ist. Noch weniger als im Handelsrecht ist es aber im Steuerrecht möglich, ein absolutes, für alle Fälle der Verpachtung gültiges Ergebnis zu gewinnen. Das ergibt sich schon aus dem verschiedenen Zweck der einzelnen Steuergesetze.

Besondere Bedeutung hat die Entscheidung über das Schicksal der oHG. für ihre Gewerbe-, Umsatz- und Einkommensteuer.

Im Gewerbesteuerrecht taucht die Frage auf, ob die Gewerbesteuerpflicht durch die Verpachtung erloschen ist. Im Umsatzsteuerrecht ist erheblich, ob die oHG. für das Pachtgeld Umsatzsteuer zahlen muß und wen die Umsatzsteuer für die Umsätze der Pächterin trifft. Bei der Einkommensteuer der Verpächterin entsteht die Frage, ob es sich um „Einkünfte aus Gewerbebetrieb" (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 EinkStG.) oder um „Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung" (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 EinkStG.) handelt.

Während die Zahl der Verpachtungen von oHG.-Unternehmen, namentlich an Kapitalgesellschaften, früher ziemlich groß war, wird sie in Zukunft eine geringere Rolle spielen. Schon bald nach Beendigung der Inflation setzte bei den Brockhues-Gesellschaften eine rückläufige Bewegung ein. Aber auch bei Unternehmen mit weniger engen Verknüpfungen hat eine Rück- oder Umwandlung eingesetzt unter dem Druck der (Steuer-) Gesetzgebung[174]).

---

174) Siehe „Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften" vom 5. 7. 1934 (RGBl. 1934 I S. 569) und „Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften" vom 5. 7. 1934 (RGBl. 1934 I S. 572); ferner das „Gesetz zur Änderung des Körperschaftsteuergesetzes" vom 27. 8. 1936 (RGBl. 1936 I S. 701), wodurch die Körperschaftsteuer von 20% auf 30% erhöht worden ist.

Trotz der ungünstigen Doppelbesteuerung wird jedoch das Handelsleben auf die Verpachtung der Unternehmungen von Personalgesellschaften an Kapitalgesellschaften nicht verzichten können. Nicht selten werden steuerliche Nachteile gegenüber sonstigen wirtschaftlichen Gründen, die eine solche Verpachtung fordern, zurücktreten. Deshalb ist die im vorstehenden durchgeführte Untersuchung nicht nur für die Vergangenheit von Wert, sie behält ihre praktische Bedeutung auch für die Gegenwart; nur ist die Bedeutung geringer geworden.

Lebenslauf.

Am 29. September 1909 wurde ich als Sohn des Königlich Preußischen Hegemeisters Franz Kick und seiner Ehefrau Maria Anna geborene Kaul in Forsthaus Mehren (Westerwald) geboren. Ich bin katholischer Konfession. Nach Besuch der Volksschulen in Weyerbusch (Westerwald) und Mehren von Ostern 1916 bis Ostern 1920 war ich auf den humanistischen Gymnasien Montabaur (Westerwald), Bonn und Rheinbach (bei Bonn). In Rheinbach bestand ich am 6. März 1928 die Reifeprüfung.

Von S.S. 1928 bis W.S. 1931/32 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Bonn. Nach dem Referendarexamen am 21. April 1932 vor dem Oberlandesgericht Köln erhielt ich meine Ausbildung an dem Amtsgericht Königswinter, dem Land- und Amtsgericht Bonn sowie dem Oberlandesgericht Köln. Am 28. Oktober 1935 bestand ich vor dem Reichsjustizprüfungsamt in Berlin die große Staatsprüfung. Seit 1. Oktober 1936 bin ich im Anwaltsprobedienst.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 30. November und 1. Dezember 1937 statt.